

Sammenlikning av deknl. § 5-9 og strl. kapittel 27

Kandidatnummer: 560

Leveringsfrist: 27.04.09

Til sammen 17 369 ord

27.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>5</u>
1.1	Problemstilling, opplegg og metode	5
1.2	Sentrale begreper	7
1.3	Statistikk	8
<u>2</u>	<u>GRUNNLEGGENDE FORSKJELLER MELLOM FORMUE- OG STRAFFERETT</u>	<u>10</u>
<u>3</u>	<u>HENSYN BAK REGLENE</u>	<u>11</u>
3.1	Hensynet til kreditorene	11
3.2	Preventive hensyn	12
3.3	Hensynet til skyldneren selv	13
3.4	Foreldelsesfristen	13
<u>4</u>	<u>HISTORIKK</u>	<u>14</u>
4.1	Dekningsloven § 5-9	14
4.1.1	Utviklingen av den subjektive omstøtelsesregelen	14
4.1.2	Hvem som må ha utvist skyld	16
4.1.3	Skyldkravet	17
4.2	Straffeloven kapittel 27	17
4.2.1	Utviklingen	17
4.2.2	Insolvens	18
4.2.3	Skyldkravet	18
<u>5</u>	<u>SAMMENLIKNING AV HOVEDELEMENTENE I DEKNL. § 5-9 OG STRL. KAPITTEL 27</u>	<u>19</u>

5.1	Disposisjoner	19
5.1.1	”Disposisjoner”	19
5.1.2	Rettssubjekt	20
5.1.3	Utlegg	21
5.1.4	Disposisjoner som tar sikte på å utsette konkursåpning	21
5.1.5	Addisjonsprinsippet	22
5.2	De tre typer disposisjoner § 5-9 oppstiller	24
5.2.1	Innledning	24
5.2.2	Forholdet til de objektive omstøtelsesreglene	25
5.2.3	Kreditorbegunstigelse	25
5.2.4	Aktivaunndragelse	28
5.2.5	Gjeldsforøkning til skade for fordringshaverne	31
5.3	Utlørlighetskriteriet	33
5.3.1	Utviklingen	33
5.3.2	Innholdet av begrepet	34
5.3.3	Begrepsvalg	37
5.3.4	Forholdet til de objektive omstøtelsesreglene	38
5.3.5	Forholdet til straffelovens bestemmelser	38
5.4	Skyldnerens økonomiske stilling	40
5.4.1	På disposisjonstidspunktet	40
5.4.2	I etterkant av disposisjonen	43
5.5	Avgjørende tidspunkt	44
5.6	Det subjektive vilkåret	46
5.7	Foreldelsesfristen	48
5.7.1	Innledning	48
5.7.2	Dekningsloven	48
5.7.3	Straffeloven	49
5.7.4	Sammenlikning	50
5.8	Konsekvensen av at vilkårene er oppfylt	50
5.8.1	Omstøtelseskravet	50
5.8.2	Straff	51
6	<u>SÆRSKILTE VILKÅR FOR STRAFFELOVEN</u>	52
6.1	Grunnvilkår for straff	52

6.2	Personkretsen for gjeldskapitlet	53
6.3	Reaksjonen - forbudet mot dobbeltstraff	54
<u>7</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>55</u>
<u>8</u>	<u>KILDER</u>	<u>57</u>
8.1	Domsregister	57
8.1.1	Norsk Retstidende (Rt.)	57
8.1.2	Rettens Gang (RG)	57
8.1.3	Upubliserte dommer	58
8.2	Forarbeider	58
8.2.1	Norges offentlige utredninger	58
8.2.2	Odelstingsproposisjoner	58
8.3	Lovregister	58
8.3.1	Norske lover	58
8.3.2	Utenlandsk rett	60
8.3.3	Internasjonal rett	61
8.4	Litteraturliste	61
8.5	Artikler og rapporter	62

1 Innledning

1.1 Problemstilling, opplegg og metode

I denne fremstillingen vil jeg redegjøre for den subjektive omstøtelsesregelen i lov om fordringshavernes dekningsrett 8. juni 1984 nr. 59 (dekningsloven eller deknl.) § 5-9, og fortløpende foreta en sammenligning med de strafferettslige regler på samme område, se Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10, kapittel 27 (Straffeloven eller strl.).

Bernard Getz uttalte i Rt-1878-629-655 ”Omstødelse af svigagtige Retshaldler efter norsk Ret” (side 654), at det ikke er noen naturlig sammenheng mellom straffbarhet og omstøtelighet. Han mente det ikke var holdepunkter for å la omstøteligheten opphøre hvor straffbarheten opphører, da dette ville være ”blot halvhed og holdningsløst”.

Gjennom denne oppgaven vil jeg se nærmere på hvorvidt det er naturlig å si at omstøteligheten opphører idet straffbarheten opphører. I den sammenheng legges det vekt på regelsettenes objektive nedslagsfelt og hvilke vilkår som legges til grunn for anvendelse. Innledningsvis presenteres noe statistikk over de konkursrettslige og strafferettslige reglenes anvendelse, for å gi et overblikk over reglenes faktiske anvendelse.

Straffebestemmelsene det her er aktuelt å sammenlikne med omstøtelsesregelen i deknl. § 5-9, er strl. §§ 281 og 285 om boforringelse, § 282 om kreditorbegunstigelse og § 283 om aktivaunndragelse. Jeg kommer derfor ikke til å komme særlig inn på strl. § 284 som straffer den som unnlater å begjære åpning av gjeldsforhandling etter konkursloven eller konkurs. Videre vil ikke strl. § 286 omtales ettersom denne omhandler overholdelse av regnskapsplikt. Strl. § 285 rammer handlinger foretatt etter åpning av konkurs eller gjeldsforhandling. På bakgrunn av at skyldners råderett over eiendelene går over til konkursboet i disse tilfellene, blir § 285 omhandlet i begrenset grad.

Kreditorenes mulighet til å få omgjort skyldners handlinger viser seg ikke bare gjennom omstøtelsesreglene, men også ved muligheten til å påberope seg at disposisjonen er ugyldig, foretatt proforma, eller at rettsvern mangler (se punkt 5.5). Boets krav beregnes ut fra hvor stort tap dette har lidt. Kravet begrenses dermed ikke av at det overførte er forbrukt eller ødelagt, og gjenopprettelse medfører store utgifter for den begunstigede.

Motsetningsvis beregnes kravet etter de objektive omstøtelsesreglene ut fra den begunstigedes berikelse. En kan si at omstøtelsesreglene supplerer de alminnelige erstatningsreglene, da det er samme tankegang som ligger til grunn. Likevel kommer jeg av både plass og tidsmessige hensyn, ikke nærmere inn på erstatningsrettslige problemstillinger i denne fremstillingen.

Hovedvekten i oppgaven er lagt på en rettsdogmatisk framstilling av deknl. § 5-9 og de mest sentrale bestemmelsene i kapittel 27 i straffeloven. I oppgaven har jeg benyttet meg av rettspraksis og juridisk litteratur på strafferettens og konkursrettens område. Jeg har anvendt alminnelig juridisk metode, ved å bygge på den rettskildelære som har bred støtte blant norske rettsanvendere.¹ Ettersom lovfestingen av den subjektive omstøtelsesregel i 1984 i det vesentligste innebar en kodifisering av gjeldende rett, er også eldre rettspraksis tatt i betraktning. Også kilder knyttet til strl. kapittel 27 før lovendring i 2004, er aktuelle da enkelte deler av kapittelet viderefører eldre regler. Forarbeidene til lovene har vært av stor verdi.

Anvendelse av dekningsloven som tolkningsmoment i forhold til straffelovens bestemmelser, beror på førstnevntes relevans og rettskildemessige vekt. Det er klart at formuerettens regler gjennomgående har betydning for forståelsen av staffebestemmelsene. Dette ser vi også på andre områder av formueretten, hvor eksempelvis den enkelte persons suverene rådighet over sine eiendeler viser seg gjennom det strafferettslige vernet mot blant annet tyveri. Dette må også gjelde i forhold til konkursrettens område, og straffansvaret må avgrenses i samsvar med de konkursrettslige reglene. Det ville være urimelig om skyldner har fri disposisjonsrett over visse eiendeler etter konkursretten, dersom noe annet følger av straffeloven. Skyldner har eksempelvis visse eiendeler som etter dekningsloven er unntatt fra kreditorene, slik som eiendeler av helt personlig karakter og stipender av en bestemt art, jfr. deknl. §§ 2-3 og 2-4. Disposisjoner over disse midlene vil heller ikke kunne straffereguleres.

¹ Se Torstein Eckhoff (1916-1993), Jan Helgesen. *Rettskildelære*, 5. utgave Oslo 2001, Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 2. utgave Bergen 1999, Nils Nygård, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave 2. opplag 2005, og Carl August Fleischer, *Rettskilder*, 1995.

Utenlandsk rett vil generelt sett ha liten vekt ved tolkningen av norske rettsregler, men likevel har jeg sett hen til våre nabolands lovregler for å finne sammenlikningspunkter. Dette kommer av at de nordiske lands på mange spørsmål i lovverket har relativt lik forståelse av rettsstilstanden, og de konkursrettslige reglene er bygget opp på samme måte i både norsk, svensk og dansk rett.

1.2 Sentrale begreper

Den som står i et gjeldsforhold, omtales som debitor eller skyldner, og gjeldsforpliktelsen er knyttet til en kreditor eller en fordringshaver. Gjeldsforhold er en sentral del av formueretten, som dreier seg om privatrettslige rettsforhold av økonomisk art.² Verken deknl. § 5-9 eller strl. kapittel 27, om forbrytelser i gjeldsforhold, kommer til anvendelse om slik gjeldsforpliktelse ikke foreligger.

Når konkurs åpnes, taper skyldneren rådigheten over sine økonomiske anliggender, jfr. kkl. § 100, og råderetten overtas av konkursboet ved bobestyrer. Skyldners økonomiske verdier beslaglegges, omgjøres i penger og fordeles forholdsmessig på dennes kreditorer. Omstøtelsesregelen kommer til anvendelse når skyldneren går konkurs, jfr. deknl. § 5-1, og det er boet som eventuelt krever disposisjonen omstøtt.

Lov om gjeldsforhandling og konkurs 8. juni 1984 nr. 58 (konkursloven eller kkl) oppstiller i § 61 et krav om insolvens for å kreve konkursbehandling. En skyldner oppfyller insolvensvilkåret når han er både illikvid og insuffisient, jfr. kkl § 62.

Illikviditet foreligger når skyldner ikke lenger kan oppfylle sine økonomiske forpliktelser etter hvert som de forfaller, og betalingsudyktigheten ikke kan sies å være forbigående. Med insuffisiens menes at skyldners forpliktelser overstiger dennes eiendeler og forventede inntekter, slik at skyldner er i underbalanse. Når begge disse tilstander foreligger, vil skyldner være insolvent.³ Solvensbegrepet i dekningsloven er i prinsippet det samme som følger av kkl. § 61 og av strl. kapittel 27.⁴

Hvorvidt insolvens er et nødvendig vilkår for anvendelse av straffelovens gjeldskapittel avhenger imidlertid av den enkelte bestemmelse (se punkt 5.4).

² Se Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. opplag 2003, side 25.

³ Se Rt-1982-1232 (side 1239).

⁴ Se Rt-1999-64 "Teamcon" (side 69).

Omstøtelse vil si en tilsidesettelse av en rettslig disposisjon slik at rettstilstanden blir som om disposisjonen ikke var foretatt. Omstøtelsesreglene i deknl. kapittel 5 rammer disposisjoner foretatt forut for boåpning, men reglene kommer ikke til anvendelse før det er begjært tvangsakkord, konkurs eller offentlig skifte, jfr. deknl. § 5-1.

Paragraf 5-9 inneholder så vel objektive som subjektive vilkår for omstøtelse.

Bestemmelsen gjelder omstøtelse hvor den annen part ikke har vært i god tro.

Omstøtelse på dette grunnlag forutsetter at disposisjonen på en utilbørlig måte begunstiger en kreditor på de øvriges bekostning, unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem. Videre stilles det krav til skyldnerens økonomiske stilling.

1.3 Statistikk

Konkurs er den praktisk viktigste formen vi har for kollektiv forfølgning med tanke på inndrivelse av pengekrav, og omstøtelsesreglene er herunder et viktig virkemiddel for rettferdig gjennomføring av den endelige fordelingen mellom kreditorene. Reglene om forbrytelser i gjeldsforhold i straffeloven søker å støtte opp om og effektivisere blant annet deknl. § 5-9. Reglene tar sikte på å hindre at skyldner forringer boet til skade for kreditorfellesskapet og at ikke én kreditor urettmessig får dekning på de øvriges bekostning.

Terskelen for anvendelse av formuerettens regler er gjennomgående lavere enn for anvendelse av strafferettens regler. Undersøkelser og statistikker viser at det i 2004 ble tatt ut 343 tiltaleposter i 1116 anmeldte forhold (se petitavsnitt nedenfor). Ettersom flere av disse gjerne er knyttet til ett og samme bo, og den store overvekt dreier seg om overtredelse av regnskapsbestemmelsen, vil de tiltaleposter som kan sammenliknes med de omstøtelige disposisjonene, være de resterende 29 postene. Dersom disse knytter seg til hvert sitt bo, dreier det seg om uttak av tiltale i nærmere 0,7 prosent av boene.⁵

⁵ Dette følger av en beregning ut fra tallene fra konkursrådets undersøkelser, se petitavsnitt.

Statistikkene viser at svært få antatte lovbrudd knyttet til strl. kapittel 27 blir anmeldt, og at enda færre blir straffeforfulgt.⁶ På grunn av manglende undersøkelser av omstøtte disposisjoner er det vanskelig å foreta en nøyaktig sammenlikning av hvor hyppig de to regelsett anvendes. Likevel vil tendenser fra statistikker gi en pekepinn på rettstilstanden i dag. Omstøttelse skjer i omtrent 12 prosent av boene, mens tiltale tas ut i 0,7 prosent. Dette tyder på at dekl. § 5-9 har et videre anvendelsesområde enn straffelovens gjeldskapittel.

Det fins ikke noe register for omstøtte disposisjoner i forbindelse med åpning av konkurs. Imidlertid er det, i regi av Konkursrådet, foretatt undersøkelser av sluttede konkursboer i Oslo (01.07.01-30.06.02), Kristiansand (01.07.99-01.05.02), Tromsø (01.06.98-29.04.01) og Svolvær (15.11.96-29.04.01).⁷ Undersøkelsene er foretatt over noe ulike tidsrom, men gir likevel rom for sammenlikninger. Det ble foretatt undersøkelser i henholdsvis 1177, 218, 195 og 137 boer. Undersøkelsene viste at antall boer som gjennomførte omstøttelse var 14 prosent i Oslo, 8 prosent i Kristiansand, 5 prosent i Tromsø og 9-10 prosent i Svolvær. Dette tilsvarer en gjennomsnittlig omstøttelse i nærmere 12 prosent av boene.⁸

Gjeldskapittelet i straffeloven innebærer en straffetrussel og er særlig rettet mot skyldner. Denne er ment å avskrekke fra kreditorskadelige handlinger, men det kan stilles spørsmålsteget ved hvor godt straffetrusselen bidrar til dette. Undersøkelser foretatt på strafferettens område, viser at bobestyrerne avdekker mulige straffbare forhold i omtrent 2/3 av de åpnete konkurser.⁹ Dette til tross, svært få blir dømt for overtredelser etter straffeloven kapittel 27. I 2004 var det i alt 1116 anmeldelser av forbrytelser i gjeldsforhold.¹⁰ Videre var det 343 poster i tiltalebeslutninger som gjaldt overtredelser av gjeldskapittelet i straffeloven, og av disse ble 98,7 prosent domfelt.¹¹ Etter en gjennomgang av rettsavgjørelser fra de siste tiår innenfor straffelovens gjeldskapittel, viser det seg at de tiltalte i mange tilfeller ikke bare er tiltalt for overtredelse av kun en av bestemmelsene. Det er derfor nærliggende å tro at antallet poster i tiltalebeslutninger som gjaldt overtredelser av gjeldskapittelet i straffeloven, ikke samsvarer med antall konkursbo.

Hvor en bedrift er rammet av konkurs, eller befinner seg i faresonen for å gå konkurs og i den sammenheng begår kreditorskadelige handlinger, er terskelen lavere for å begå flere tilsvarende handlinger. Særlig vanlig i disse sakene er det at overtredelse av regnskapsplikten kombineres med kreditorsvikelige handlinger.

⁶ Se www.konkursret.no/art/?id=507 (mars 2009).

⁷ Se www.konkursret.no/art/?id=507 (mars 2009).

⁸ Jeg har foretatt et gjennomsnittlig anslag ut fra de tall som fremkom i undersøkelsene, under forutsetning av at tallene er noenlunde representative for boer på landsbasis.

⁹ Se artikkelen "Behandling av straffbare forhold begått i forbindelse med konkurs", *Konkursrådets hjemmeside* (www.konkursradet.no) og *Tidsskrift for strafferett 2006 nr. 3*, "Fra ØKOKRIM", side 216 flg.

¹⁰ Jfr. Statistisk sentralbyrå, "Forbrytelser i gjeldsforhold" tabell 28 og tabell 150, samt *statistikk fra politiets databaser STRASAK JUS 065*.

¹¹ Se *Tidsskrift for strafferett 2006 nr. 3* "Fra ØKOKRIM" side 216 flg., og STRASAK JUS 373.

Av de 343 postene om overtredelse av gjeldskapittelet i tiltalebeslutninger fra 2004, viser det seg at 314 av disse gjaldt overtredelse av regnskapsbestemmelsen.¹² Dette tyder på at det ikke er mange av de overtredelser av gjeldskapittelet det tas ut tiltale for, som samtidig ligger innenfor omstøtelsesreglenes område.

I 2007 ble det registrert 2819 konkurser ved Brønnøysundregisteret.¹³ Dette er en nedgang på 1448 konkurser siden 2004 da lovendringen trådte i kraft.¹⁴ Antallet anmeldte saker sank fra 1116 i 2004 til 843 i 2007. I forhold til antallet konkurser har vi hatt en prosentvis økning i anmeldelser, men denne innebærer ingen markant forskjell. Dette kan være en tilfeldighet, men det kan også hende at forenklingen av reglene ikke har hatt ønsket effekt.

2 Grunnleggende forskjeller mellom formue- og strafferett

Formue- og strafferetten er to meget ulike fagområder, noe vi ser i de enkelte reglene samt ved ulikheter i prosessen. Likevel benyttes langt på vei de samme rettslige begrepene. Særsilt for strafferloven er todelingen, hvor den alminnelige del angir generelle vilkår for straff, mens den spesielle del angir konkrete straffbare forhold. De generelle straffbarhetsvilkår forutsettes oppfylt for anvendelse av den spesielle del, selv om disse ikke eksplisitt nevnes i det konkrete straffebud (se punkt 6).

En annen forskjell er kravene til bevisbyrde og beviskrav. Den som har bevisbyrden, har plikt til å legge frem bevis til sin fordel. I sivilretten har hver av partene byrden for å føre bevis for sine påstander. Det er dermed konkursboet som har bevisbyrden både i forhold til de objektive og de subjektive vilkårene i § 5-9, når konkursboet krever en disposisjon omstøtt. Dette anføres av konkurslovutvalgets innstilling i NOU 1972: 20 side 282 og 298, som fremhever at innstillingen ikke var ment å medføre noen endring på dette punktet. Det samme følger av Rt-2001-1136 (Kjells Markiser): ”det er boet som har

¹² Se *Tidsskrift for strafferett* 2006 nr. 3, ”Fra ØKOKRIM”, side 216 flg.

¹³ Årsmelding fra Brønnøysundregisteret for 2007, side 31.

¹⁴ Årsmelding fra Brønnøysundregisteret for 2007.

bevisbyrden for at vilkårene for omstøtelse, både etter § 5-9 og § 5-5, er tilstede” (side 1144).

Bevisbyrden angir hvor stor sannsynlighet som må til for å legge den ene parts påstand til grunn for en rettslig avgjørelse, det vil si beviskravet. I sivile saker stilles det krav om sannsynlighetsovervekt, et syn som fikk sitt gjennombrudd ved P-pilledom II,^{15 16} hvor det ble uttalt at “vanlig sannsynlighetsovervekt” var tilstrekkelig krav til bevis. Det er dermed tilstrekkelig at en anser det som mest sannsynlig, det vil si over 50% sannsynlig, at vilkårene for omstøtelse er oppfylt.¹⁷

I strafferetten er det imidlertid påtalemyndigheten som bærer byrden for å bevise tiltaltes skyld. Dette følger av det helt grunnleggende prinsippet om at enhver er uskyldig inntil det motsatte er bevist. Etter langvarig og sikker norsk rettspraksis skal enhver tvil knyttet til straffbarhetsvilkårene komme den tiltalte til gode, ”in dubio pro reo”.¹⁸ Det betyr at domfellelse krever overbevisning i forhold til oppfyllelse av alle straffbarhetsvilkårene. Tanken bak det strenge beviskravet i strafferetten er at domfellelse av en uskyldig gir et mye uheldigere resultat enn frifinnelse av en skyldig. Dette hensynet må veies opp mot den allmennpreventive virkning reglene formodes å ha (se punkt 3.2). Beviskravet er med dette strengere i forhold til gjeldskapittelet i strafferetten, enn ved omstøtelse etter dekl. § 5-9 hvor sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig.

3 Hensyn bak reglene

3.1 Hensynet til kreditorene

En gjeldsfri person eller bedrift kan som utgangspunkt disponere fritt over sine midler. Når det derimot har oppstått et gjeldsforhold, tilsier hensynet til kreditorene at

¹⁵ Se Rt-1992-42.

¹⁶ Se LB-2003-1785 hvor det uttales at skifteretten uriktig har lagt bevisbyrden for konkursrekvirentens krav på de kjærende parter, jfr. ”Dette er ikke i tråd med gjeldende rett”.

¹⁷ Se Sjur Brækhus, *Konkursrett- utvalgte emner*, 1970, side 157 (Brækhus), Francis Hagerup, *Konkurs og akkordforhandling*, 4.utg. 1932, side 237 og 239 og Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, bind II, side 41 (HuserI).

¹⁸ Se Jo Hov, *Rettergang I, Sivil-og straffeprosess*, 1999 side 52.

handlefriheten begrenses noe. Disse begrensningene viser seg først og fremst når skyldner er i en vanskelig økonomisk situasjon og har problemer med å betjene sine forpliktelser. Dersom skyldneren er insolvent er det i realiteten kreditorenes midler det rådes over, og det er dermed naturlig at den frie råderetten begrenses. Omstøtelsesreglene har til formål å sikre en jevn og rettferdig fordeling av skyldnerens midler ved boåpning.¹⁹ Adgangen til omstøtelse hindrer at kreditorene, hver for seg eller samlet, lider unødige tap. Omstøtelsesreglene har med dette en gjenopprettende funksjon.

Straffansvaret må avgrenses i samsvar med de sivilrettslige reglene om skyldners råderett ved konkurs. De formål som ligger bak reglene om kollektiv forfølgning i dekningsloven, kan også sies å ligge til grunn for de strafferettslige bestemmelsene på samme område. Videre søker straffelovens regler å støtte opp om og å effektivisere de materielle reglene om omstøtelse, herunder deknl. § 5-9. Kravene til den kreditorskadelige handlingen endres i takt med skyldners økonomiske forhold, eksempelvis ved at vilkåret om at det må foreligge et faktisk tap i §§ 281 og 282, går over til et vilkår om tapspotensial i §§ 283 og 285. Dette viser at desto dårligere det står til med debtors økonomi, desto mindre skal til før vilkårene for straff er oppfylt. Også strafferammen endres i takt med debtors økonomiske tilstand. Lovgiver viser med dette at fordringshaverne anses å ha større behov for beskyttelse desto dårligere økonomi hos debitor.

3.2 Preventive hensyn

Omstøtelsesreglene har også en preventiv funksjon. Idet økonomien går dårlig og skyldner skjønner at konkursen er uunngåelig, kan fristelsen bli stor til eksempelvis å forfordle enkelte kreditorer, unndra midler eller begunstige seg selv eller sine nærstående. Muligheten til å reversere disposisjonen, og i tillegg risikere å måtte erstatte boets tap (se punkt 5.8), vil ha en preventiv effekt ikke bare på skyldneren, men særlig på den annen part i disposisjonen.

Effektiviteten av det preventive hensynet forutsetter imidlertid at reglene er kjent. Mange vet trolig at det finnes reaksjoner som omstøtelsesreglene innebærer, men de færreste er

¹⁹ Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) punkt 6.6 og NOU 1972: 20 side 281.

nok inneforstått med innholdet av disse reglene. Det forventes at profesjonelle aktører har større innsikt i rettsreglene, men dette er imidlertid ikke selvsagt.

Straffetrusselen er ment å avskrekke skyldner fra kreditorskadelige handlinger, og medfører at også skyldner selv får oppleve konsekvenser av de ulovlige disposisjonene. Avskrekkelsen er utformet i to varianter, allmennprevensjon og individprevensjon. Allmennprevensjon dreier seg om at skyldneren avstår fra å handle på grunn av den straff andre skyldnere har fått for liknende handlinger, men også på grunn av reglenes eksistens i seg selv. Individprevensjon vil si at skyldneren avstår fra å handle på grunn av opplevelse denne selv har hatt i forhold til reglene. Begge typer hensyn kan være aktuelle overfor disse straffalternativene.

Det er nærliggende å tro at den preventive effekten er sterkere ved straffereglene enn ved omstøtelsesreglene, i og med forskjellene i reaksjon, se punkt 5.8. Imidlertid kommer reglene til anvendelse på ulike tidspunkt, hvilket gjør at en slik antagelse ikke nødvendigvis er korrekt.

3.3 Hensynet til skyldneren selv

Selv om det er kreditors beskyttelse som omtales i dekningslovens forarbeider, vil også skyldner oppnå et visst vern ved omstøtelsesreglene. Enkelte kreditorer som oppdager at skyldner er i faresonen for å gå konkurs, kan være tilbøyelige til å utøve press eller tvang for å få dekket sine fordringer før konkursen er en realitet. Omstøtelsesreglene vil her legge en demper på effekten av slikt press ettersom disposisjonen i ettertid kan omstøtes. Reglene i dekningsloven kan dermed ha positiv innvirkning for skyldner, i forhold til unormalt pågående kreditorer. Også straffereglene vil være med på å sikre skyldners vern, da strl. § 287 annet ledd særlig rammer fordringshavere som benytter ”trusler eller andre urimelige midler” for å oppnå dekning.

3.4 Foreldelsesfristen

Hensynet til den begunstigede tilsier at omstøtelsesadgangen må begrenses i tid og omfang. Dette er særlig viktig i forhold til de objektive omstøtelsesreglene. Det kommer av at det ikke er noe skyldkrav knyttet til den begunstigede og denne derfor ikke

nødvendigvis har kjennskap til handlingens omstøtelsesverdighet, eller at omstøtelse i det hele tatt kan bli aktuelt. Men også i forhold til den subjektive omstøtelsesregel er det behov for frister for omstøtelse. Den annen part ved disposisjonen har etter en viss tid behov for å innrette seg og være trygg på at disposisjonen ikke blir omstøtt. Dette hensyn taler også til fordel for omsetningslivet generelt. Den tiårsfristen som gjelder ved subjektiv omstøtelse kan virke noe lang, men lengden er satt nettopp med tanke på at den annen parts kjennskap til det utilbørlige ved handlingen er et vilkår for omstøtelse.²⁰ Med tanke på dette vilkåret er det rimelig at foreldelsesfristen forlenges i forhold til de objektive reglene.

Foreldelsesfristen ved straffereglene bygger på tanken om at hensynet til straffverdighet og hensynet til prevensjon får mindre vekt jo lengre tid som går. Ettersom skyld er et klart vilkår for straff, vil også disse foreldelsesfristene være betydelig lengre enn for eksempel fristen for å kreve omstøtelse etter de objektive reglene.

4 Historikk

4.1 Dekningsloven § 5-9

4.1.1 Utviklingen av den subjektive omstøtelsesregelen

Dekningslovens § 5-9 inneholder den alminnelige subjektive omstøtelsesregel. Selv om den subjektive omstøtelse har røtter helt tilbake til romerrettens *Actio Pauliana*, har den likevel ikke alltid hatt støtte i norsk rett. Før lov om konkurs av 1863, var det den generelle oppfatning at man ikke hadde mulighet til omstøtelse på grunnlag av skyldners kreditorsvikaktighet ved disposisjonen.²¹ Konkursloven av 1863 inneholdt eksplisitte regler om objektiv omstøtelse, men ikke om subjektiv omstøtelse. I forarbeidene til loven ble det utarbeidet flere utkast til en subjektiv omstøtelsesregel, men ved vedtakelse

²⁰ Se dekl. § 5-9.

²¹ Se Sjur Brækhus, "Den alminnelige (subjektive) omstøtelsesregel", *Jussens Venner(JV)* 1955 serie I nr. 4 side 76-117 (side 80) (BrækhusI).

av loven ble ingen slik regel tatt med.²² Spørsmålet ble da om dette skulle tolkes dit hen at subjektiv omstøtelse var utelukket i samsvar med gjeldende norsk rett på den tiden, eller om man kunne begrunne omstøtelse på subjektivt grunnlag i NL 5-13-44.²³

I den første tiden etter vedtakelse av kkl.(1863), ble det antatt at denne indirekte stadfestet gjeldende rett, og at omstøtelse på subjektivt grunnlag dermed var avskåret.²⁴ Dette skulle endre seg.

Bernhard Getz tok i Rt-1878-629-655 avstand fra synspunktet om at konkursloven utelukket omstøtelse på subjektivt grunnlag.²⁵ Han hevdet generelt ”en hovedregel om omstøtelse av svingagtige Retshandler”.²⁶ Han mente NL 5-13-44 gav uttrykk for en alminnelig regel om omstøtelse av klanderverdige handlinger overfor kreditor, også utenfor de konkrete tilfeller NL selv nevner. Dette omtaler han videre i Rt-1881-209-315, hvor han også utdyper innholdet i NL 5-13-44 og omstøtelseslæren for øvrig.²⁷

Han mente det de lege ferenda var god grunn for å oppstille en subjektiv omstøtelsesregel, og hevdet videre at det var holdepunkter for en slik regel i norsk rett de lege lata, gjennom NL 5-13-44 første ledd.²⁸

Getz fant også støtte for sitt syn i de strafferettslige bestemmelsene om forbrytelser i gjeldsforhold, og la stor vekt på at en disposisjon som etter sitt innhold var straffbar, også måtte underkjennes privatrettslig. Blant annet redegjorde han for dette syn i sin artikkel i Rt-1878-629-655. Likevel uttalte han i samme artikkel at det mellom straffbarhet og omstøtelighet ikke er noen naturlig sammenheng, i den forstand at det å la omstøteligheten opphøre hvor straffbarheten opphører, var ”blot halvhet og holdningsløshed”(side 654). Han la dermed opp til at straffereglene og omstøtelsesreglene innholdsmessig hadde en påvirkning på hverandre, men at reglenes nedslagsfelt likevel ikke var helt identisk.

²² Se BrækhusI, samme sted.

²³ Se BrækhusI, samme sted.

²⁴ Se BrækhusI, samme sted.

²⁵ Se Brækhus side 126 flg. og Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs, bind III Omstøtelse*, Bergen 1992, side 459 (Huser).

²⁶ Se Huser side 459.

²⁷ Se BrækhusI side 85 og HuserI side 459.

²⁸ BrækhusI side 81.

Getz' tolkning både av NL 5-13-44 første punkt og av konkursloven har i ettertid blitt kritisert, blant annet på grunn av brudd på vanlige lovtolkningsprinsipper.²⁹ En lojal tolkning av konkurslovens regler, sett i sammenheng med de forkastede forslag til å eksplisitt innta en subjektiv omstøtelsesregel, ville utelukke omstøtelse på subjektivt grunnlag. Til tross for dette, banet hans argumenter vei for en nødvendig subjektiv omstøtelsesregel. Hans syn fikk raskt alminnelig tilslutning, og domstolene begynte etter kort tid å anvende omstøtelse på subjektivt grunnlag som en gyldig regel.³⁰

Høyesterett viste dette i Rt-1883-7 som gjaldt omstøtelse etter NL 5-13-44. Retten uttalte at boet kunne kreve full erstatning og ikke bare tilbakeføring av eventuell berikelse, forutsatt at der forelå bedragersk forhold slik at NL 5-13-44 kunne anvendes. I Rt-1887-575 ble omstøtelse avskåret fordi bedragersk forhold ikke forelå. Videre ble den subjektive omstøtelsesadgangen klart statuert i Rt-1933-1265 (Ringen). Saken gjaldt omstøtelseskrav som falt innunder den objektive omstøtelsesregelen i kkl (1863) § 44, men omstøtelsesfristen var oversittet. Høyesterett kom til at det forelå "saaledes særegne omstendigheter at de stedfunne transaksjoner antas at maatte omstøtes...". (side 1266) Det ble her lagt vekt på at banken hadde påvirket Ringen til hans handlinger og at banken i sine handlinger måtte skjønne at dette sannsynligvis ville medføre tap for de øvrige kreditorene. Høyesterett mente banken dermed hadde opptrådt rettsstridig. (side 1267)

Da dekningsloven kom i 1984 innebar § 5-9 en kodifisering av gjeldende rett, hvilket fremkommer eksplisitt i Rt-1989-7 (Romsdal Fiskvegfabrikk): "Saken gjelder spørsmålet om omstøtelse i konkurs etter den tidligere ulovfestede, subjektive omstøtelsesregel (Actio Pauliana) som nå finnes i dekningsloven...§ 5-9" (side 7).

4.1.2 Hvem som må ha utvist skyld

I utgangspunktet rettet den subjektive omstøtelsesregelen seg mot svik fra både skyldner og medkontrahent, og da gjerne som et krav om medvirkning fra medkontrahentens side. Denne tankegangen stammet fra den romerske Actio Pauliana, som vi ser spor etter helt fram til midten av 1900-tallet.³¹

Vi har sett en gradvis utvikling, fra krav om svik hos både skyldner og medkontrahent til å legge hovedvekt på medkontrahentens klanderverdighet, uten hensyn til skyldners subjektive forhold. Det finnes ingen avgjørende dom på dette punktet, nettopp på grunn av den gradvise utviklingen, men i dag ser vi klart av dekn. § 5-9 at regelen retter seg

²⁹ Se Huser side 457 flg.

³⁰ Se Huser side 457 flg. og BrækhusI side 130.

³¹ Se RG-1955-93 (Holmestrand herredsrett).

mot den som blir begunstiget ved disposisjonen, jfr. ”den annen part kjente eller burde kjent til”.

4.1.3 Skyldkravet

Bernhard Getz hevdet blant annet at NL 5-13-44 skulle betraktes som en regel om omstøtelse av ”svigagtige Retshandler” og ”bedragerlige transaksjoner”.³² Betegnelsene svik og bedrageri ble lenge forbundet med den subjektive omstøtelsesadgangen, noe som tyder på at man oppstilte et krav om forsett.

Rettspraksis viste en periode noe uklarhet når det kom til graden av skyld som krevdes.³³ Denne uklarheten bestod fram til siste halvdel av 1900-tallet, hvor kravet til forsett gradvis ble fraveket til fordel for uaktsomhetskravet som i dag knyttes til omstøtelsesregelen.³⁴ Omstøtelsesregelen gir med disse endringene et sterkere vern mot kreditorsvikelige disposisjoner enn den gjorde tidligere.

4.2 Straffeloven kapittel 27

4.2.1 Utviklingen

En av de store gruppene forbrytelser innen økonomisk kriminalitet er forbrytelser i gjeldsforhold. En person eller et foretak som går konkurs, kan skjule verdier når konkursen er åpnet, slik at kreditor ikke får dekket sine fordringer. Imidlertid begås de fleste kriminelle handlinger forut for konkursåpningen. Hovedvekten av forbrytelsene knytter seg til overtredelse av regnskapsbestemmelsene, men disse kommer jeg ikke til omtale nærmere (se punkt 1.1).

³² Se Huser side 459.

³³ Se Huser side 459-460.

³⁴ Se Rt-1966-636 hvor Høyesterett fastslo uaktsomhet som tilstrekkelig skyldgrad. Dette ble fastholdt i blant annet Rt-1967-993, Rt-1970-52, Rt-1988-682 og Rt-1989-7.

4.2.2 Insolvens

Straffeloven kapittel 27, slik vi kjenner det i dag, ble sist endret ved lov i 2004³⁵. Blant annet ble det foretatt en endring i insolvensvilkåret. Straffeloven inneholdt tidligere et krav om at skyldner var eller ble insolvent ved den kreditorskadelige disposisjonen. Insolvensvilkåret skapte vesentlige problemer ved håndhevelsen av blant annet §§ 281 og 284. Vilkåret hadde vist seg å være lite egnet til strafferettslig behandling ettersom det inneholdt flere vanskelige skjønnsmessige elementer. Etter forslag fra ØKOKRIM ble vilkåret endret til et krav om at skyldner står i ”påtagelig fare” for å bli insolvent ved handlingen.³⁶ Reglene på dette punktet ble dermed likere den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven. Ved at det nå er tilstrekkelig med påtagelig fare for insolvens, er beviskravet mindre, hvilket gjør at lovreglene er lettere å anvende. Skyldnerens økonomiske stilling blir redegjort ytterligere for under punkt 5.4.

4.2.3 Skyldkravet

Videre ble det gjort en endring i skyldkravet i gjeldskapittelet. Før lovendringen i 2004 inneholdt gjeldskapitlet blandede skyldkrav, hvilket vil si at skyldkravet ikke var det samme i forhold til alle vilkårene i gjerningsbeskrivelsen. Dette kunne en blant annet se i strl. § 283a slik den tidligere lød, hvor det krevdes forsett i forhold til at det forelå en disposisjon, jfr. ”den som ikke begjærer åpning av...”, sammenholdt med strl. § 40 som krever forsett dersom loven ikke hjemler annet. Videre krevdes det uaktsomhet i forhold til skyldnerens insolvens og disposisjonens betydning for økonomien, jfr. ”han bør innse at han ikke vil kunne tilfredsstille aller fordringshaverne”. For å gjøre anvendelsen av reglene enklere foreslo ØKOKRIM å ta inn et felles skyldkrav, hvor forsett og grov uaktsomhet skulle sideordnes.³⁷ Et felles skyldkrav ble vedtatt og alle overtredelser kan nå straffes ved både forsett og grov uaktsomhet. Videre ble det innført en felles strafferamme for de to skyldkravene.

³⁵ Lov om endring i straffeloven 25. juni 2004 nr. 50.

³⁶ NOU 1999: 23 ”Forbrytelser i gjeldsforhold”, punkt 5.2.

³⁷ NOU 1999: 23 punkt 5.10.

5 Sammenlikning av hovedelementene i dekl. § 5-9 og strl. kapittel 27

5.1 Disposisjoner

5.1.1 "Disposisjoner"

Det er kun "disposisjoner" som kan omstøtes etter § 5-9, og det henvises med dette til rettslig forpliktende handlinger. Det er ifølge forarbeidene, NOU 1972: 20 side 298, ikke hensikten at kun rettslige disposisjoner skal omfattes, men at begrepet disposisjoner skal sidestilles med enhver rettslig forpliktende opptreden.³⁸ Unnlatelser som går på kreditorfellesskapets bekostning, anses som en slik rettslig forpliktende opptreden. Videre må det avgrenses mot faktiske handlinger.

Paragraf 5-9 favner med disposisjonsvilkåret videre enn hver av de foregående objektive og subjektive bestemmelsene i kapittel 5, hvilket gjør at regelen nærmest kan karakteriseres som et sikkerhetsnett fra lovgivers side. En kan dele disposisjonene inn i tre kategorier; dem som faller innunder de objektive omstøtelsesreglene, dem som faller innunder de objektive reglene, men utenfor foreldelsesfristen og til slutt disposisjoner som etter sitt innhold faller utenfor de objektive reglene. Deknl. § 5-9 favner dermed videre enn de objektive reglene og gir kreditorene et utvidet vern, forutsatt at bestemmelsens subjektive vilkår er oppfylt. Det er normalt de to siste kategoriene som behandles av § 5-9, ettersom det er mer hensiktsmessig, samt bevismessig enklere å anvende de objektive omstøtelsesreglene der det lar seg gjøre. Videre angir dekl. § 5-9 generelt hvilke disposisjoner den kommer til anvendelse på. De kreditorskadelige disposisjonene § 5-9 rammer, faller i tre grupper;

- disposisjoner som begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning,
- disposisjoner som fører til at midler unndras å tjene til dekning for kreditorene, og
- disposisjoner som innebærer at skyldners gjeldsforpliktelser øker til skade for kreditorene.

De enkelte disposisjonstypene kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 5.2.

³⁸ Se også Andenæs kapittel 25.

I motsetning til dekningsloven, inneholder straffeloven en mer konkret angivelse av hvilke handlinger reglene kommer til anvendelse på. Her nevnes rettsstridig kreditorbegunstigelse, aktivaunndragelse før og under konkurs, unnlatelse av å begjære åpning av gjeldsforhandling eller konkurs, samt uforsvarlige økonomiske disposisjoner. Lovens ordlyd er som kjent utgangspunktet for lovtolkning, uavhengig av hvilket rettsområde en befinner seg på. Likevel vil rettsanvender gis noe friere tøyler i sin tolkning av ordlyden i deknl. § 5-9 enn på strafferettens område. Dette kommer blant annet av det strenge legalitetsprinsippet som framgår av Norges Grunnlov, 17. mai 1814 § 97, ”ingen kan dømmes uden efter lov”. En tilsvarende vid betegnelse som ”disposisjoner” ville innen strafferettsområdet medført for stor usikkerhet for den handlende. Den alvorlige konsekvens straff innebærer for den enkelte, gjør at slik usikkerhet verken er ønskelig eller akseptabel på strafferettens område. Straffeloven oppstiller derfor spesifikke handlingsalternativer. Spørsmålet er om disse faller innunder betegnelsen ”disposisjoner” slik denne tolkes i dekningsloven, eller om strl. kapittel 27 har et noe ulikt nedslagsfelt enn deknl. § 5-9. De fleste handlingsalternativene strl. kapittel 27 oppstiller, sammenfaller noenlunde med de tre disposisjonstyper i deknl. § 5-9, og det er derfor naturlig å se nærmere på disse under behandlingen av de enkelte elementene i deknl. § 5-9. Likevel er det enkelte av de straffbare handlingene som ikke eksplisitt nevnes i deknl. § 5-9, men også disse behandles under dekningslovens tre handlingsalternativer.

5.1.2 Rettssubjekt

Den subjektive omstøtelsesregelen taler generelt om de disposisjoner som rammes. Foruten kravet til skyld hos den annen part er det ikke lagt inn noen begrensning i forhold til hvem som foretar disse disposisjonene. Det er ikke noe vilkår at skyldner selv foretar disposisjonen eller medvirker til denne.³⁹ Dette vises i Rt-1993-234 (Intercar) hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg i forbindelse med omstøteligheten etter § 5-9 uttalte at ”den omstendighet at konkursdebitor selv ikke er part i denne avtalen, kan ikke ha betydning” (side 235-236). På dette punkt rekker § 5-9 lengre enn de øvrige omstøtelsesreglene. Videre avgrenses det ikke mot disposisjoner foretatt av juridiske personer, da dette ville åpne for enkel omgåelse av reglene. Det vil heller ikke ha

³⁹ Dette følger bl.a. av NOU 1972: 20 side 298 hvor en motregningserklæring fra kreditor side nevnes som eksempel på disposisjon som rammes.

betydning hvor mange som er involvert i disposisjonen, så lenge det er utvist tilstrekkelig grad av skyld hos den annen part. Andre enn denne vil ikke direkte berøres av at omstøtelse gjennomføres, og skyld på deres side er derfor ikke noe vilkår for omstøtelse.

Heller ikke anvendelse av strl. kapittel 27 avhenger av at skyldneren foretar den kreditorsvikelige handling, eller av hvor mange som deltar. Paragrafene 281-285 retter seg mot handlinger begått av skyldneren selv, mens § 287 gir adgang til å straffe også dem som handler ”til fordel for eller på vegne av” skyldneren. Denne utvidelsen innebærer at også den begunstigede eller øvrige kreditorer kan straffeforfølges.

I straffeloven er det innført et straffansvar også for dem som medvirker til handlingen, jfr. strl. § 287 annet ledd. Straffelovens regler rammer med dette et videre spekter av personer enn den subjektive omstøtelsesregel, og har dermed på dette punktet et større nedslagsfelt.

5.1.3 Utlegg

Det har i teorien vært stilt spørsmål ved om utlegg skal anses som en disposisjon etter deknl. § 5-9. Her må det legges vekt på at utnyttelse av de tvangsapparater som samfunnet stiller til kreditors rådighet, bare under særlige omstendigheter er å anse som utilbørlige. Dette er imidlertid mer et teoretisk enn praktisk spørsmål, og av plassmessige hensyn kommer jeg ikke til å gå nærmere inn på denne diskusjonen.

5.1.4 Disposisjoner som tar sikte på å utsette konkursåpning

Dersom en kreditor har fått sikkerhet eller dekning for deler av sin eldre gjeld, vil de første tre månedene⁴⁰ eller det første året⁴¹ etter disposisjonen foretas, ha avgjørende betydning for om de objektive omstøtelsesreglene kommer til anvendelse. Dersom skyldners økonomi er sterkt svekket, kan en begunstiget kreditor være fristet til å foreta disposisjoner for å hindre at det begjæres konkurs. I de tilfeller hvor kreditor utøver press eller tvang overfor andre kreditorer eller overfor skyldner selv, for at disse ikke skal

⁴⁰ Jfr. deknl. §§ 5-5 til 5-8.

⁴¹ Jfr. deknl. §§ 5-2 til 5-4.

begjære konkurs, er det ikke tale om noen rettslig forpliktende handling, og denne kan dermed ikke omstøtes. De tap boet lider på grunn av utsettelsen, kan derfor ikke repareres med omstøtelsesreglene. Kreditor kan imidlertid bli erstatningsansvarlig (se punkt 1.1) for det tap kreditorfellesskapet eventuelt blir påført ved utsettelsen av konkursbegjæringen.

Strl. § 284 rammer handlinger som tar sikte på unnlatelse av å begjære åpning av gjeldsforhandling eller konkurs. Disse handlingene kommer jeg ikke nærmere inn på ettersom deknl. § 5-9 som vist ikke rammer slike handlinger, og nøyer meg derfor med å konstatere at straffeloven på dette punkt rammer videre enn deknl. § 5-9.

5.1.5 Addisjonsprinsippet

5.1.5.1 Dekningsloven

I noen tilfeller kan det være uvisst om flere handlinger kan sees under ett. I forhold til deknl. § 5-9 har dette særlig betydning hvor flere mindre handlinger i seg selv ikke er å anse som utilbørlige, mens disse ved en samlet vurdering vil oppfylle lovens vilkår.

Dekningsloven inneholder ikke noen uttrykkelig hjemmel for å se slike handlinger under ett. Det er her naturlig å se hen til våre nabolands rett, ettersom konkursrettslige regler i norsk, svensk og dansk rett er bygget opp på samme måte, med store innholdsmessige likhetstrekk i bestemmelsene.

Den svenske konkursloven gir uttrykkelig hjemmel for å se flere disposisjoner under ett ved vurderingen av om skyldneren blir insolvent ved disposisjonen, jfr. ”ensamt eller i förening med annan omständighet”.⁴² Ettersom den norske dekningsloven gjelder også utenfor de rene insolvenstilfellene (se punkt 5.4), har vi ikke det helt samme behov for en slik presisering som i svensk rett. Av rettspraksis framkommer det likevel at flere disposisjoner kan ses samlet som en. Dette skjer gjennom addisjonsprinsippet, hvor det tenkes at en transaksjon kan splittes opp i flere disposisjoner, for eksempel ved at et gaveløfte fullbyrdes gradvis på flere ulike tidspunkt. Dersom en rekke av disposisjoner reelt sett utgjør deler av samme transaksjon, vil det være naturlig å se disse samlet når en skal vurdere kreditorsvikligheten av dem. Et slikt addisjonsprinsipp vil kunne motvirke

⁴² Jfr. svensk kkl. IV: 5(1)§.

at skyldner på en enkel måte unngår omstøtelsesreglene. Dette følger av NOU 1972: 20 side 297 andre spalte, hvor det å se flere disposisjoner under ett blir nevnt som en mulighet. I Rt-2001-1136 (Kjells Markiser), som gjaldt nedbetaling av gjeld med ekstraordinært betalingsmiddel, støttet Høyesterett oppunder dette syn. Til tross for at hver av nedbetalingene i sakens faktum i seg selv var tilstrekkelige til å anses som betydelige, uttalte Høyesterett i et obiter dictum på side 1139 at ”Det antas som gjeldende rett at samtlige betalinger må legges sammen ved vurderingen - addisjonsprinsippet”. Addisjonsprinsippet viser seg også i den nyere dom fra Eidsivating lagmannsrett, LE 2008-46409. Saken gjaldt ekstraordinær nedbetaling av eldre gjeld. Retten vurderte tapet under ett og det ble ikke gjort noe poeng ut av at det forelå flere separate innbetalinger. Imidlertid ble det bemerket at ulike innbetalinger kan tenkes å vurderes hver for seg. Forutsatt at det er en naturlig tilknytning mellom handlingene i tid og rom, er det likevel klart at vi også i norsk rett har adgang til å se flere disposisjoner under ett, selv om dette ikke uttrykkelig fremgår i loven på lik linje med i svensk rett.

5.1.5.2 Straffeloven

Hvor flere ledd i en handlingsrekke kommer etter hverandre i tid, og hver for seg tilfredsstiller gjerningsbeskrivelsen i ett straffebud, vil det i strafferetten foreligge realkonkurrens. Det medfører at skyldneren kan idømmes straff for flere overtredelser av samme straffebud, som om disse var en sammenhengende handling.

Av straffelovens regler er det klart at flere handlinger kan sees under ett. Dette vises i de straffebud hvor den straffbare virksomheten beskrives som pågående over tid, eksempelvis det å ha et ”overdrevent forbruk” i strl. § 281 litra c. Det følger av ordlyden at den aktuelle atferden, det overdrevne forbruket, skal sees som ett straffbart forhold. Dette gjelder selv om forholdet vedvarer over en lang tidsperiode.

Også av foreldelsesreglene i straffeloven følger at flere handlinger kan sees under ett. Blant annet vil det straffbare forhold ikke foreldes i henhold til strl. § 68 før den siste av en rekke handlinger er foreldet. Dette gjelder kun hvor det er naturlig sammenheng mellom handlingene, med tilknytning i tid og rom, hvilket stemmer med det ovenfor nevnte addisjonsprinsippet.

5.2 De tre typer disposisjoner § 5-9 oppstiller

5.2.1 Innledning

Bestemmelsen rammer disposisjoner som ”begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem”. Forut for dekl. § 5-9 ble de disposisjoner den ulovfestede subjektive omstøtelsesregel rammet, gjerne omtalt som kreditorsvikelige eller som disposisjoner hvor fordringshaverne bedras. I og med de tre disposisjonstyper § 5-9 oppstiller, er det nærliggende å tenke seg at rammene for den subjektive omstøtelsesreglen er noe innsnevret i forhold til tidligere. Det er imidlertid i teorien fremhevet at dette ikke var hensikten med spesifiseringen, og at det må legges til grunn at også andre typer handlinger kan rammes av § 5-9.⁴³ Også i rettskildelæren er det antatt at der hvor en lovregel innebærer en kodifisering av gjeldende ulovfestet rett, vil det ikke være behov for en særskilt hjemmel for å tolke lovbestemmelsen i samsvar med forståelsen av den ulovfestede regel, med mindre annet uttrykkelig fremgår. Imidlertid vil normalt ikke problemstillingen settes på spissen, da de tre disposisjonstyper § 5-9 oppstiller, favner meget vidt.

Den vide betegnelsen ”disposisjoner” omfatter som nevnt alle rettslig forpliktende handlinger. De handlinger som rammes av strl. kapittel 27, rammes for det meste av de tre typer disposisjoner dekningsloven eksplisitt nevner. Der dette ikke er tilfelle, må det vurderes om handlingene likevel kan subsumeres under ”disposisjoner” gjennom en utvidende eller presiserende tolkning, slik at regelsettene kan sies å ha sammenfallende objektivt nedslagsfelt.

Disposisjoner som etter sitt innhold faller innunder de tre disposisjonstyper § 5-9 oppstiller, vil ikke automatisk omstøtes da dette beror på en helhetsvurdering av om disse er utilbørlige (se punkt 5.3). Skyldner har dermed en viss handlefrihet, selv om økonomien er på et kritisk stadium. Eksempelvis kan det være nødvendig å inngå kjøps- og salgssavtaler for i det hele tatt å ha et håp om at bedriftens økonomi skal komme på beina igjen. Skyldneren har en vid adgang til å foreta kommersielt motiverte disposisjoner med tanke på å fortsette driften. Imidlertid forutsetter dette at skyldneren

⁴³ Se Huser side 484 og Tore Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, 1985, side 51.

har en berettiget forventning om å unngå konkurs. Dette er en naturlig konsekvens av formålet med omstøtelsesreglene, nettopp å ramme kun kreditorskadelige disposisjoner. På samme måte vil kravet til betydelig forringelse av fordringshavernes dekningsmulighet, se punkt 5.4, åpne for at skyldneren normalt har anledning til å betale mindre gjeldsposter uten fare for straffansvar. Det er naturlig at de handlinger som er tillatt etter omstøtelsesreglene, også faller utenfor rekken av straffverdige handlinger.

Deknl. § 5-9 oppstille tre ulike typer disposisjoner a) kreditorbegunstigelser, b) unndragelse av skyldners midler og c) økning av skyldners gjeld. Disse blir behandlet separat i den videre fremstillingen.

5.2.2 Forholdet til de objektive omstøtelsesreglene

Hvor de objektive reglene er oppfylt, vil det normalt være unødvendig å vurdere om også deknl. § 5-9 rammer handlingen. Likevel kan en ikke anse den subjektive omstøtelsesregelen som en regel subsidiær til de objektive omstøtelsesreglene. Det kan nemlig være ønskelig for boet å anvende den subjektive regel hvor det er mulig, da virkningen av den subjektive regel er mer fordelaktig for boet enn virkningen av de objektive reglene (se punkt 5.8.1).

De beste grunner taler for at de disposisjoner som er omstøtelige etter de objektive reglene, også etter sitt innhold rammes av de subjektive reglene. Som eksempel på at disposisjon som faller innunder de objektive reglene omstøtes etter § 5-9, kan nevnes Rt-1988-1327 (Reksten).

Saken gjaldt gaveløfte over kunstgjenstander gitt av Reksten 1972-1978. Gavene ble fullbyrdet i 1976-1979. Reksten døde 1980. Dødsboet ble tatt til behandling som konkursbo, og det ble i Høyesterett lagt til grunn at Reksten ble insolvent allerede i 1974. Insolvensen innebar en bristende forutsetning for gaveløftet, og Reksten var dermed fri den forpliktelse gaveløftet innebar. På bakgrunn av at foreldelsesfristen for omstøtelse etter objektive regler (her § 5-2) var oversittet, ble disposisjonene omstøtt i medhold av § 5-9.

5.2.3 Kreditorbegunstigelse

Den første type disposisjon dekningsloven oppstiller er dem som ”begunstiger en fordringshaver”. Betegnelsen omfatter enhver disposisjon som gir noen kreditor dekning, eller som er egnet til å forbedre deres dekningsmulighet for krav mot skyldner.

Disposisjonene det siktes til omfattes til dels også av de objektive omstøtelsesreglene, og det kan trekkes paralleller til bestemmelsene i dekl. §§ 5-5 og 5-7 om ekstraordinær betaling og sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Disposisjoner av denne typen i dekl. § 5-9 kan videre sammenliknes med handlinger som gir fordringshaveren(e) helt eller delvis ”oppgjør eller sikkerhet”, som rammes etter strl. § 282.

Hvor disposisjoner også omfattes av de objektive omstøtelsesreglene, vil anvendelse etter disse reglene være med på å avgjøre hvilke disposisjoner som rammes av dekl. § 5-9. Eksempelvis kan vilkårene til kreditorbegunstigelse oppfylles av at det dreier seg om en ekstraordinær betaling. I vurderingen av om betalingen er ekstraordinær, må det sees hen til den objektive regel i § 5-5. Forarbeidene gir ingen uttømmende definisjon på begrepet ”ordinær”. Det vises først og fremst til betaling av eldre gjeldsposter, hvorpå det i teorien hevdes at betaling av gjeld 2-3 måneder forsinket kanskje kan være tilstrekkelig for omstøtelse, mens forsinkelse i ½ år vil være å anse som ekstraordinær betaling.^{44 45} Ettersom grensene for ordinærreservasjonen ikke er klarlagt, må det legges til grunn en mer konkret helhetlig vurdering, slik det fremgår i Rt-2008-1590 (Rema 1000), avsnitt 46-48.⁴⁶ Det legges blant annet vekt på lengden av forsinkelsen, hvordan og med hvilket betalingsmiddel fordringen betales samt hvordan betalingsmidlet er fremskaffet. Dersom debitor fraviker sin vanlige forretningsførsel på disse punkter, eller andre forhold, taler det for at betalingen ikke er å anse som ”ordinær”. Det uttales videre at ordinærreservasjonen er satt ut fra alminnelige omsetningsinteresser, hvilket indikerer at det må foretas en forsvarlighetsvurdering av transaksjonen sett i lys av hensynet til de øvrige kreditorene.⁴⁷ Det som omtales om ordinærreservasjonen i forhold til dekl. § 5-5 må også gjelde i forhold til kreditorbegunstigelser i dekl. § 5-9.

Forutsetningen for anvendelse av dekl. § 5-9 er at disposisjonen ”begunstiger...på de øvriges bekostning”. Det innebærer at det har skjedd en form for forfordeling, enten ved hel eller delvis dekning for kravet, eller ved oppnådd sikkerhet for kravet. Det må her foretas en helhetlig vurdering av blant annet forholdet mellom fordringens forfallstidspunkt og betalingstidspunktet. Enhver betaling eller sikkerhetsstillelse som etter sitt innhold er omstøtelig etter de objektive reglene, vil i følge Ot.prp. nr. 50 (1980-

⁴⁴ Se NOU 1972: 20 side 292 og Ot.prp. nr. 50 (1980-81) side 166-167.

⁴⁵ Se Huser side 334-335.

⁴⁶ Se også i Rt-1995-222 (Direkte Reklame) og Rt-2001-1136 (Kjells Markiser).

⁴⁷ Jfr. Rt-1997-1623 (side 1627).

1981) side 171 også omfattes av de typer disposisjoner den subjektive regelen angir. Omstøtelse etter § 5-9 kan da skje, forutsatt at begunstigelsen er skjedd på bekostning av en eller flere av de øvrige fordringshaverne, og det subjektive vilkåret er til stede. Her ser vi at lovgiver uttrykkelig oppstiller de objektive omstøtelsesreglene som målestokk for hva den subjektive omstøtelsesregelen skal omfatte.

I denne forbindelse vil også vurderingen av grensene for hva som anses omstøtelig ofte være sammenfallende etter de objektive og den subjektive regelen, hvilket vi ser illustrert i forhold til dekn. § 5-5 i Rt-1969-624 (Hamar Auto). Høyesterett behandlet først spørsmålet om disposisjonen kunne omstøtes etter den objektive regel i Kkl.(1863) § 44a.

”Det sentrale synspunkt er imidlertid at nedbetalingen av Ramms tilgodehavende var en del av et mer omfattende tiltak med sikte på å hjelpe Hamar Auto på lengre sikt og således innebar ikke bare fordeler, men også reelle forpliktelser for Ramm.” ”Hele den avtalte ordning ligger etter min vurdering utenfor hva konkurslovens § 44 a tar sikte på.”

Deretter ble den ulovfestede subjektive omstøtelsesregel behandlet, hvor Høyesterett viste at kravene som legges til grunn i forhold til disposisjonens hensikt, er gjeldende ved både objektiv og subjektiv omstøtelse:

”Dette hovedsynspunkt på anvendelsen av konkurslovens § 44 a er etter min oppfatning også avgjørende for boets krav på erstatning hos Ramm på subjektivt grunnlag. Her mangler det preg av aktiv forfordeling som etter mitt syn måtte være til stede...”.

Høyesterett viser med dette den sammenfallende vurderingen av grensene for de objektive og den subjektive regel.

Vilkåret om forfordeling av skyldners aktiva finner vi også i strl. § 282, jfr. ”gir en fordringshaver oppgjør eller sikkerhet ... og derved forringer fordringshavernes dekningsutsikt”. Det framgår av Ot.prp. nr. 75 (1948) side 44 og 61 følgende, at det er de alminnelige dekningsprinsipper innen konkursretten som skal legges til grunn. Dersom den begunstigede fordringshaver har prioritert sikkerhet for sitt krav, vil disposisjonen derfor ikke medføre noen forringelse av de øvrige, lavere prioriterte kreditorene, da deres posisjon ikke er dårligere enn tidligere. Spørsmålet er her om den samme begrensning som tillegges omstøtelsesreglene, altså at disposisjonens samlede hensikt kan overskygge den faktiske fordel fordringshaver oppnår, også kan gjøres gjeldende

etter straffeloven. Foruten den begrensning skyldkravet innebærer er dette ikke behandlet i forarbeidene. Ut fra hensynene bak reglene, at det nettopp er de illojale handlingene som søkes rammet, bør slik begrensning innfortolkes.⁴⁸

5.2.4 Aktivaunndragelse

Det andre disposisjonsalternativet dekl. § 5-9 oppstiller er aktivaunndragelser, hvilket vil si eiendeler som unndras fra å tjene til dekning for fordringshaverne. Et meget vidt spekter av handlinger omfattes av dette alternativet, også kjøp og salg. Ethvert kjøp eller salg vil imidlertid ikke i seg selv medføre at aktiva unndras fra fordringshaverne.

Transaksjonen innebærer gjerne en ombytning, hvor skyldneren blir tilført aktiva som samsvarer med det overførte. Dårlig økonomi er ikke til hinder for at skyldner foretar handlinger innenfor forsvarlige rammer, særlig ikke når disposisjonene er nødvendige for å ha håp om å gjenopprette en stabil økonomi.

Som eksempel på aktivaunndragelse fra rettspraksis, kan trekkes frem LA-2006-120575 hvor saken gjaldt en gjeldsreduksjon i favør av Marcussen og retten uttalte:

”Lagmannsretten er videre av den oppfatning at disposisjonen unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne. Selskapet hadde før gjeldsreduksjonen et krav mot Marcussen. Marcussen har i retten erkjent at han var søkegod. Selskapets tilgodehavende mot Marcussen kunne således vært innfordret.”⁴⁹

Det at de øvrige fordringshaverne kunne benyttet seg av det Marcussen var skyldig, gjorde at disposisjonen ble ansett som en aktivaunndragelse.

Alternativet aktivaunndragelse i dekl. § 5-9 kan sammenliknes med strl. § 283, som gir forbud mot å foreta en ”handling som er egnet til å hindre at et formuesgode tjener til dekning for en eller flere fordringshavere”. Både etter dekl. § 5-9 og straffeloven § 283 er det en forutsetning at midlene ikke er kommet noen av fordringshaverne til gode, idet andre bestemmelser kommer til anvendelse i så tilfelle.

Med ”formuesgode” i strl. § 283 og ”eiendeler” i dekl. § 5-9 menes ethvert aktivum skyldneren har, og det skilles ikke mellom disse begrepene i det følgende. Både reelle og

⁴⁸ Se Ole-Martin Andreassen, *Forbrytelser mot kreditorene*, (2000) side 152-153.

⁴⁹ Se også Rt-1988-1327 ”Reksten” ovenfor i punkt 5.2.3.

proforma disposisjoner, rettslige og faktiske disposisjoner, gaver, gavesalg, ødeleggelser, ekstremt forbruk og skjuling av aktivum, kan straffes etter § 283. Dette stemmer overens med innholdet i begrepet ”disposisjoner” i deknl. § 5-9. Eksempel på aktivaunndragelse er hvor skyldner setter i stand salgsavtaler hvor kjøpesummen utbetales over lang tid i form av underhold eller borett, og skyldner dermed oppnår en ikke-overførbar rettighet. Videre er gavedisposisjoner et typisk tilfelle av aktivaunndragelse. Et annet eksempel er hvor skyldner tegner forsikringer med høy engangspremie, slik at midlene bindes og en eventuell avkastning tilkommer skyldner selv eller dennes nærstående.

All unndragelse, uavhengig av beløpsstørrelse, vil falle innunder de objektive betegnelsene ”hindre at et formuesgode tjener til dekning” og ”unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning” i henholdsvis straffeloven og dekningsloven. Størrelsen av de aktiva som unndras er et moment som etter dekningsloven tas med i utilbørighetsvurderingen, mens det etter straffeloven tillegges vekt ved straffutmålingen.

Til tross for at handlinger som rammes av strl. § 283 faller innunder alternativet om aktivaunndragelse i deknl. § 5-9, er det to punkter hvor strl. § 283 skiller seg fra deknl. § 5-9. For det første er det etter strl. § 283 ikke noe krav om at kreditorfellesskapet rammes, idet ordlyden også verner om enkeltstående kreditorer. Deknl. kapittel 5 på sin side, forutsetter forhandling om tvangsakkord, konkurs eller offentlig skifte av insolvent dødsbo, jfr. deknl. § 5-1, og at det er kreditorfellesskapet som rammes.

For det andre stilles det ulike krav til handlingens konsekvens. Etter strl. § 283 er det ikke nødvendig at fordringshavernes dekningsmulighet faktisk svekkes, jfr. ”er egnet til”. Dette kommer av at det er den kreditorsvikelige hensikt som ønskes rammet, ikke selve resultatet av handlingen. For omstøtelse er det imidlertid en klar forutsetning at handlingen faktisk svekker fordringshavernes dekningsmulighet. Dette kommer av at skyldneren ikke har begrenset råderett over de midler som overskyter dennes gjeldsforpliktelser. På dette punkt har strl. § 283 dermed et videre nedslagsfelt enn deknl. § 5-9, og kan komme til anvendelse på et tidligere tidspunkt.

Også alternativene i strl. § 281 rammer liknende disposisjoner som dem som betegnes som unndragelse av aktiva etter deknl. § 5-9. Strl. § 281 omhandler disposisjoner som

pengespill eller annen risikopreget aktivitet, annen lettsindig atferd, overdrevent forbruk og grovt uordentlig forretningsførsel.

Under ”pengespill” faller typisk gambling over internett. Det er klart at kreditorenes potensielle tap kan bli betydelig ettersom store beløp kan gå tapt over kort tid. Dette gjelder særlig over internett da det er få eller ingen kontrollmuligheter med den enkelte spiller, hvor mye denne eventuelt taper og hvor mange spillnettsteder denne benytter seg av. Ethvert spill er imidlertid ikke straffbart. Dette vurderes i forhold til innsatsens størrelse og skyldnerens økonomi. Med ”annen risikopreget aktivitet”, som tilsvarer det tidligere alternativet ”vågelig foretagende”, siktes til handlinger som ligger utenfor virksomhetens normale forretningsdrift, som eksempelvis spekulasjoner på børs eller valutaspekulasjoner. Det negative utfallet av disposisjonen vil gå utover kreditorene, og handlingen kan derfor sees som unndragelse av midler. Her fremgår uttrykkelig av Ot.prp. nr. 75 (1948) side 45 at flere handlinger kan sees under ett. De handlinger det er tale om karakteriseres gjerne som rent forbruk. Dekningslovens ”disposisjoner” avgrenser ikke mot forbruk, slik at også unndragelse av aktiva på denne måten innholdsmessig rammes av ”disposisjoner” i dekl. § 5-9. Hvorvidt disse er omstøtelige vil bero på de øvrige vilkårene og det er særlig kravet til den annen parts skyld som her kan avskjære omstøtelsesadgangen.

”Annen lettsindig atferd” viser til handlinger som består i å ta en uforsvarlig risiko, som for eksempel unnlatelse av å tegne forsikring. Ved brann eller andre ødeleggelsesulykker vil skyldneren kunne bli ute av stand til å betjene sine lån. Selv om risikoen for brann og liknende er relativt liten, er det likevel straffbart å unnlate å tegne forsikring. Dette anses å være en rimelig byrde for skyldneren å bære, sett i sammenheng med den mulige konsekvensen av unnlatelsen. Med små grep har skyldneren muligheten til å sikre seg mot store tap, og pulveriseringshensynet tilsier at den som er nærmest til å ta slike grep, også er ansvarlig når dette ikke er gjort.⁵⁰ Både Rt-1982-1793 og Rt-1993-918 gir uttrykk for at de aktuelle handlingene kan omfattes av både ”vågelig foretakende” og ”lettsindig adferd”, hvilket viser at grensen mellom alternativene ikke er klar. Unnlatelse av å tegne forsikring er ingen rettslig forpliktende handling, og faller dermed ikke innunder ”disposisjoner” i dekl. § 5-9. Dersom slike handlinger kunne rammes, ville

⁵⁰ Se Giske side 259.

omstøtelse uansett vanskelig tenkes idet det ikke er noen annen part i disposisjonen og skyldvilkåret derfor heller ikke kan tilfredsstilles. Strl. § 281 rammer dermed handlinger som ikke faller under den subjektive omstøtelsesregel slik at reglene får et noe ulikt nedslagsfelt også her.

Videre rammer alternativet generelt kreditorskadelige og uforsvarlige handlinger, selv om ikke nødvendigvis en enkelt transaksjon kan karakteriseres som uakseptabel. Kjøp av dyre gjenstander hvor anskaffelsesverdien er vesentlig høyere enn realisasjonsverdien, er eksempel på slik uforsvarlig atferd. Tapet viser seg eksempelvis ved kjøp av ny bil, hvor verdien synker betraktelig i det øyeblikk bilen forlater salgsstedet. Dette er handlinger som faller under ”disposisjoner” i form av aktivaunndragelse i § 5-9 da det er rettslig forpliktende handlinger som har potensial til å forringe fordringshavernes dekningsrett.

Hva som ligger i ”overdrevent forbruk” vil variere, og vilkåret må vurderes ut fra den enkelte skyldnerens økonomiske og sosiale stilling. Det som fremstår som luksusvarer for noen, vil for andre karakteriseres som normalt forbruk. Overdrevent forbruk viser til ikke bare én disposisjon, men det helhetlige bildet av handlinger. Selv om hver enkelt handling isolert sett ligger innenfor eller på grensen av hva skyldner kan foreta seg, kan disse ved en samlet vurdering representere et overdrevent forbruk (se punkt 5.1.5). Idet rent forbruk rammes av disposisjonsalternativet aktivaunndragelse i deknl. § 5-9, vil også det overdrevne forbruk rammes.

Det fjerde og siste alternativet er tap påført ved ”grovt uordentlig forretningsførsel”, som omtales nærmere nedenfor.

5.2.5 Gjeldsforøkning til skade for fordringshaverne

Det tredje disposisjonsalternativet deknl. § 5-9 oppstiller, er ”forøker skyldnerens gjeld til skade for” fordringshaverne. Her omfattes i utgangspunktet all gjeldsstiftelse, men rekkevidden innsnevres betraktelig ettersom disposisjonen må oppfylle begge vilkårene ”til skade” og ”utilbørlig”. Gjeldsstiftelse ved kredittkjøp til markedspris vil dermed ikke rammes, da dette ikke er til skade for kreditorfellesskapet. Det er ikke mindre gunstig for fordringshaverne at det handles på kreditt enn at skyldneren gjør opp umiddelbart, og skadevilkåret er dermed ikke nødvendigvis oppfylt. Videre vil kredittkjøp hvor

kjøpsgjensstanden er i behold normalt ikke innebære noen verdireduksjon for kreditorfellesskapet, selv om det samtidig gis pant for kjøpesummen i kjøpsgjensstanden. Det karakteristiske ved de disposisjoner som rammes av det tredje disposisjonsalternativet i § 5-9, er at det skjer en gjeldsforøkning hvor skyldner enten ikke får vederlag eller vederlaget ikke samsvarer med gjelden som pådras. Dette viser seg eksempelvis ved at skyldner som en vennetjeneste overtar ansvaret, eller kausjonerer for, tredjemanns gjeld.

Straffelovens bestemmelser om forbrytelser i gjeldsforhold omhandler ikke direkte slik gjeldsforøkelse. Det nærmest sammenlignbare alternativet er nok § 281(1) litra d som rammer ”grovt uordentlig forretningsførsel”. Bestemmelsen tar sikte på å ramme grove forsømmelser i regnskapsplikten da slike brudd gjerne medfører mangelfull kontroll med, eller feilaktig bilde av, bedriftens økonomiske situasjon, jfr. Ot.prp. nr. 37 (2003-2004) kapittel 16 og Rt-1982-1793. Rt-1982-1793 gir støtte for at også andre forhold omfattes.⁵¹ Felles for de forhold denne avgjørelsen trekker frem er at de skal sørge for at virksomhetens ledelse har det nødvendige grunnlag for å fatte forretningsmessig riktige beslutninger. Hvorvidt den uordentlige forretningsførselen er ”grovt” avhenger av en konkret vurdering av den aktuelle bedriften. Dersom det påvises at mangelfulle systemer har ledet til et tap for kreditorene, vil vilkåret normalt være oppfylt.⁵² Gjeldsøkning som følge av mangelfull oversikt over forretningsdriften kan dermed falle under strl. § 281(1) litra d. Imidlertid var det i Rt-1982-1793 ikke tilstrekkelig for å oppfylle ”grovt uordentlig forretningsførsel” at det rådet manglende oversikt over lønnssystemet, at pliktig innmeldelse av arbeidstakerne i Aa-registeret ikke var foretatt og at bedriften påtok seg for store utgifter i forhold til hva de utlyste anbudene kunne tåle. Det kreves altså mangler ved systemer og forhold som i større grad går utover driften av forretningen.

⁵¹ Se også Johs. Andenæs, *Formuesforbrytelsene*, 6.utg. 1996, side 167.

⁵² Jfr. Andreassen side 306 og Oslo Tingrett 07-16575MED-OTIR/05 (side 9).

5.3 Utilbørighetskriteriet

5.3.1 Utviklingen

De disposisjoner som kan omstøtes etter § 5-9 er dem som ”på en utilbørlig måte” rammer kreditorene. Dette har i teorien blitt omtalt som et dobbeltkrav, eller et tilleggskrav.⁵³

Utilbørighetskriteriet er et objektivt vilkår ettersom det er disposisjonen som i seg selv må være utilbørlig, uavhengig av forhold på skyldnerens side. Da dekningsloven ble vedtatt i 1984, inneholdt verken dansk eller svensk konkurslovgivning noe utilbørighetsvilkår. Per i dag er det endret og vi finner igjen samme begreper i våre nabolands rett, se ”utilbørlig” i Konkursloven 4. februar 1997 nr. 118 § 74 og ”otillbörligt” i Konkurslagen 11. juni 1987 (1987: 672) IV: 5§.

I norsk rett har vi sett en begrepsutvikling, hvor domstolene med utgangspunkt i NL 5-13-44 1. punkt (”Bedragelighed...under”), talte om kreditorsvikelige handlinger. Etter hvert gjorde det seg også gjeldende et rettsstridskriterium, som i sin tid ble avløst av et illojalitetskriterium. Det er dette kriteriet som synes å være den nærmeste foreløper for utilbørighetskriteriet. Det er imidlertid antatt at ingen av disse endringene var ment å innebære noen vesentlig realitetsendring.⁵⁴ En liknende utvikling finner vi igjen i dansk rett. Den danske lovgivningen stilte tidligere et krav til at handlingen skulle ha rettsstridig karakter for å kunne omstøtes og det ble uttrykkelig henvist fra konkursloven til straffeloven. Denne uttrykkelige henvisningen er nå tatt bort, da det aldri hadde vært lovgivers hensikt å avgrense omstøtelsesmulighetene til straffbare handlinger.⁵⁵ Verken norsk eller danske konkursrett inneholder noen rettsstridsbegrensning ved omstøtelse. Et slikt kriterium kan ikke innfortolkes i dagens regler, og må derfor sees helt bort fra.

Ved å fravike rettsstridskriteriet i den subjektive omstøtelsesregelen, viser lovgiver at hensikten ikke har vært å knytte omstøtelige og straffbare handlinger sammen på en slik måte at anvendelse av det ene regelsettet beror på anvendelse av det annet. Forholdet til

⁵³ Se Huser side 483.

⁵⁴ Se Huser side 493.

⁵⁵ Se Mogens Munch, *Konkursloven med kommentarer* ved Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard, 9.utg, 1.oppl. (2001).

strafferetten samsvarer her med Getz sin påstand om at omstøteligheten ikke skal opphøre idet straffbarheten opphører.⁵⁶

Lovgiver viser i NOU 1972: 20 side 297 til at det er illojale disposisjoner som ønskes rammet ved utilbørighetskriteriet. Også i dansk juridisk teori er det hevdet at utilbørighetskriteriet kan defineres etter samme retningslinjer som begrepet ”illojalt”.⁵⁷ Utilbørighetskriteriet synes å tolkes temmelig likt i norsk, svensk og dansk rett, og jeg holder meg derfor hovedsakelig til hva norsk juridisk teori og rettspraksis legger til grunn. Eksempelvis anses illojalitet som vilkår for omstøtelse etter den ulovfestede subjektive omstøtelsesregel i Rt-1982-1232 (Ruud og Zeiner I): det er et ”vilkår for omstøtelse etter reglene for actio pauliana at disposisjonen karakteriseres som illojal overfor kreditorene ellers” (side 1236). Det ble her lagt avgjørende vekt på den annen parts kjennskap til skyldners vanskelige økonomiske situasjon, hvilket gjorde disposisjonen utilbørlig.

Det utilbørlige ved en handling kan sies å ligge i bruddet på konkursrettens formål (se punkt 3), og en handling som er illojal overfor de øvrige kreditorene, bør derfor ikke stå seg. Reglene har til hensikt å sikre mest mulig rettferdig fordeling av de gjenværende midlene, samt at dekningsretten ikke skal kunne påvirkes av press fra kreditorenes side. En ordnet fordeling etter klare regler vil sikre kreditorene dekning etter deres prioritet, samt en mest mulig lik dekning for dividendekravene.

5.3.2 Innholdet av begrepet

Ved utilbørighetsvurderingen er det til en viss grad opp til domstolene å kartlegge hva som til enhver tid ligger i begrepet. Normalt vil en rettsregel inneholde faste kriterier for sitt anvendelsesområde, samt gi en relativt konkret beskrivelse av hvilke faktiske forhold rettsanvender skal vektlegge. Utilbørighetskriteriet viser derimot til en vurderingsnorm utenfor seg selv som avgjørende for hvorvidt omstøtelse kan skje. I NOU 1972: 20 side 297 angis hva som ligger i ”utilbørlig” ved å presisere uttrykkelig at vurderingen skal foretas ut fra utviklingen i forretningsmetoder og synet på forretningsmoral. Det innebærer at det åpnes for å tillegge bestemmelsen ulikt innhold til ulik tid, avhengig av

⁵⁶ Se Rt-1878-629-655 (side 654).

⁵⁷ Uttalt av Gertrud Lennander, *Återvinning i konkurs*, 1985. Dette syn anses videreført med den nye loven, jfr. *Kommentarutgave til konkurslagen*, Nordstedts förlag, Stockholm 1989.

hva som til enhver tid er den alminnelige oppfatningen av begrepet.

Utlbørighetskriteriet er med dette en rettslig standard, slik begrepet beskrives av Ragnar Knoph i hans bok ”Rettslige standarder”.⁵⁸ Lovgiver sier uttrykkelig i NOU 1072: 20 side 297 at utlbørighetskriteriet innebærer en mulighet for domstolene til ”å trekke opp stadig nye grenser for hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt i kredittforhold”. Dette er en mulighet lovgiver anser som helt nødvendig for en tilfredsstillende anvendelse av § 5-9. Muligheten anses også forsvarlig ettersom lovanvender ikke stilles helt fritt i sin vurdering av hva som ligger i uttrykket ”utlbørig”, men må rette seg etter den målestokk lovgiver angir.

Som utgangspunktet er det lovgiver som setter grenser for borgernes handlingsfrihet, mens rettsanvender i mer beskjedne grad har mulighet til å påvirke rettstilstanden hvor lovgiver ikke har gitt tilstrekkelig veiledning. Likevel legger utlbørighetsvurderingen ikke bare opp til anvendelse av juridisk kunnskap, men også til sunn fornuft, moral og forståelse av andre yrkesområder. Innføringen av rettslige standarder innebærer dermed en forskyvning i maktbalansen. Rettsanvender er med dette bundet til å se hen til andre kilder enn lovverket selv. Lovgiver har angitt at vurderingen skal foretas på grunnlag av utvikling i forretningsmetoder og synet på forretningsmoral. Videre legges det ikke bare vekt på forretningslivets egne meninger og moral, men også på lovgivers reguleringer innenfor området og den moral lovgiver tilstreber. Ved å trekke inn momenter fra og søke støtte i andre rettsregler, dempes den rettsusikkerheten som rettslige standarder kan medføre. Dette vil også være med på å veie opp for den maktforskyvningen bruken av rettslige standarder innebærer. Formålet med utlbørighetsvurderingen må nettopp være at ikke alle disposisjoner som faller innunder de tre disposisjonstyper § 5-9 nevner skal omstøtes, men at disse eventuelt må være av en viss kvalifiserende art.

”Utlbørig” er et belastende begrep, og flere momenter må tas i betraktning.

Forarbeidene legger til grunn at det er klart kritikkverdige forhold som rammes, og den juridiske litteraturen viser til at handlingen må være kvalifisert graverende, men at det ikke kreves ”særdeles graverende forhold”.^{59 60} Det er videre uttalt fra domstolene at

⁵⁸ Jfr. Ragnar Knoph, ”Rettslige standarder – særlig grunnlovens § 97”, 1948, side 2 flg. Begrepet har støtte i både engelsk, amerikansk og fransk rett, slik Knoph fremhever i sin bok.

⁵⁹ Se LH-2006-97777 som henviser til lovforarbeidenes skissering av at utlbørighetskriteriet rammer ”klart kritikkverdige” forhold. Se også LB-2001-2403.

⁶⁰ Se NOU 1972: 20 s 297 og Huser side 493.

kriteriet må knyttes til situasjonen rundt disposisjonen, ikke bare til partene selv.⁶¹ Det må dermed legges til grunn en bred, helhetlig vurdering av hver enkelt disposisjon.

Videre følger det av Borgarting Lagmannsretts kjennelse i LB-1996-2821, at oppfyllelsen av de øvrige vilkårene i dekl. § 5-9 kan ha betydning for utilbørighetsvurderingen:

”Vurderingen av om en disposisjon utgjør en utilbørlig kreditorbegunstigelse må være konkret og individuell.” ”Gjennom utilbørighetsvilkåret oppstilles et krav. I mer ekstreme tilfelle kan kravet tenkes oppfylt ved sterk overoppfyllelse av de øvrige vilkårene i § 5-9. Det bestrides at dette er tilfelle her: tvert imot anføres at verken vilkåret om skaderekvisitt eller det økonomiske vilkåret er oppfylt her, jfr. nedenfor. Det må da kreves tilleggsmomenter for å kunne konstatere oppfyllelse av kravet.”

Blant disse tilleggsmomentene er disposisjonens innhold og art, hvordan kravet er oppstått, tidspunktet for betalingen, hvordan midlene er fremskaffet samt forhold på den begunstiges side, herunder om denne er nærstående av skyldneren. Videre vil skyldnerens og den begunstiges opptreden før, under og etter disposisjonen ha innvirkning på vurderingen.

Dekl. § 5-7 rammer ”sikkerhetsstillelse for eldre gjeld”, som også faller under ”begunstiger en fordringshaver” i § 5-9.⁶² I utilbørighetsvurderingen i slike saker får det blant annet betydning hvor lang tid som er gått fra disposisjonstidspunktet til sikkerhet gis, samt omstendighetene rundt sikkerhetsstillelsen.

Videre vil sikkerhet som ikke har rettsvern, ikke ha virkning ved konkurs. Spørsmålet blir da om selve rettsvernakten, for eksempel tinglysning, kan karakteriseres som utilbørlig. De objektive reglene rammer utlegg og kontraktspant. Ved omstøtelse av opsjons- eller leieavtale må derimot § 5-9 benyttes, såfremt avtalen ikke inneholder et gaveelement.⁶³ Dette ble drøftet i Rt-1995-259 (Palonen) som gjaldt en opsjonsavtale om kjøp av bolighus til gunstig pris, inngått i forbindelse med en arbeidsavtale. Opsjonsavtalen ble ikke tinglyst før ca 10 måneder etter avtaleinngåelsen. Høyesterett uttalte:

⁶¹ Jfr. LF-1994-613.

⁶² Se punkt 5.2.2.

⁶³ Se dekl. § 5-2.

”Det er noe uklart hva som var årsaken til at kjøperetten først ble tinglyst i november 1989, men jeg kan ikke se at situasjonen på det tidspunkt to år før konkursen hadde utviklet seg slik at det var utilbørlig at Palonen fikk etablert rettsvern for kjøperetten”(side 264)

Rettsvernakten ble ikke omstøtt, selv om Høyesterett gav uttrykk for at andre omstendigheter kunne gjort disposisjonen utilbørlig. Dette kan synes noe urimelig sett i sammenheng med Rt-1926-657 (Beyer Olsen) hvor Høyesterett uttalte:

”Man gaar ut fra, at en kreditor i almindelighet ikke gjør sig skyldig i retsbrud overfor mulige medkreditorer ved at sette sin fordring under retslig inddrivelse, selvom det er ham bekjent, eller han må skjønne, at debitor er insolvent...”(side 658).

Synet på at det ikke er noe i veien for å handle etter sin rett støttes av Thor Falkanger som argumenterer for at tinglysning av en allerede eksisterende avtale, ikke er å anse som utilbørlig.⁶⁴ Videre har kreditor anledning til å ta tvangsutlegg for sitt krav uten å rammes av omstøttelsesreglene.⁶⁵ Om rettsvernakt skulle stilles annerledes kunne virke urimelig.

5.3.3 Begrepsvalg

Da § 5-9 ble vedtatt, ble det ikke gitt noen nærmere redegjørelse for valget av begrepet ”utilbørlig”. Det er nærliggende å sette spørsmålstegn ved om den rettslige standarden ”utilbørlig” skal innebære noe annet enn den rettslige standarden ”urimelig” som vi finner igjen andre steder i lovverket. Av hensyn til lik språkbruk på tvers av lovene, burde nok lovgiver ha benyttet seg av begrepet ”urimelig” slik den gjør i avtaleloven § 36.

Det kan nevnes at det i Danmark og Sverige benyttes tilsvarende uttrykk innen avtalerett, henholdsvis ”urimeligt” og ”oskäligt”.⁶⁶ Likevel har også våre naboland tatt i bruk ”utilbørlig” som kriterium for subjektiv omstøttelse (se punkt 5.3.1).

⁶⁴ Se Thor Falkanger ”Utilbørlighetsbegrepet i dekningslovens § 5-9”, *JV-1998-105*.

⁶⁵ Lov om tvangsfullbyrdelse 26. juni 1992 nr. 86 § 7-20.

⁶⁶ Se Lovbekentgørelse nr.781 26. august 1996 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (Aftaleloven) § 36, og Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmågenhetsrättens område 11. juni 1915 nr. 218 (Avtaleloven) § 36.

5.3.4 Forholdet til de objektive omstøtelsesreglene

Spørsmålet om hvorvidt en disposisjon er utilbørlig eller ikke etter dekningsloven, kan i mange tilfeller besvares ut fra en analogisk tolkning av de objektive omstøtelsesreglene, eller gjennom analogislutninger fra avgjørelser i rettspraksis, hvilket presiseres i NOU 1972: 20 side 297. De objektive reglene regulerer disposisjoner som formodes å være av illojal art, og omstendighetene som gjør disposisjonen omstøtelig etter §§ 5-2 til 5-7 vil være momenter i utilbørlighetsvurderingen. For eksempel ved forsinkelse; jo lengre betalingen er forsinket, desto større risiko for omstøtelse etter § 5-5 og dermed også for å oppfylle utilbørlighetsvilkåret i § 5-9.

På tross av formodningen om at disposisjoner som rammes av de objektive reglene også er utilbørlige etter § 5-9, må det foretas en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle (se punkt 5.3.2).

5.3.5 Forholdet til straffelovens bestemmelser

Den rettslige standard utilbørlighetsvurderingen innebærer, finner vi ikke igjen i strl. kapittel 27. Dette kommer blant annet av at den bevegelighet rettslige standarder innebærer, vil stride mot hensynet til borgernes forutberegnelighet og det strenge legalitetsprinsippet. Særlig innen strafferetten er det betenkelig å skyve lovgivers makt over på domstolene når det er tale om en så inngripende reaksjon som straffeforfølgning. Likevel kan en til en viss grad si at utilbørlighetsvurderingen viser seg gjennom de alminnelige vilkår for straff, som ved at det kreves utvist skyld i forhold til både de objektive vilkårene og til årsakssammenhengen. Når en handling gjøres straffbar, gir dette uttrykk for at denne anses kritikkverdig, illojal og uønsket, og da gjerne også utilbørlig. Den illojalitet som ønskes motvirket gjennom deknl. kapittel 5, er også den som ønskes til livs ved hjelp av de strafferettslige reglene. Skyldners forhold er ikke uten videre irrelevant i forhold til disposisjonens utilbørlighet, selv om det er den begunstigedes subjektive forhold omstøteligheten står og faller på. Motsatt kan synet på hva som er en klanderverdig handling etter de sivilrettslige reglene, gi utslag i vurderingen av om kravet til skyld er oppfylt etter de strafferettslige reglene. Blant annet vil det være mer straffverdig å foreta en disposisjon som er allment anerkjent som illojal, i motsetning til en disposisjon som ligger mer i gråsonen av hva man aksepterer til daglig.

De hensyn som tilsier anvendelse av straff, ligger også til grunn for deknsl. § 5-9, og da særlig det preventive hensynet. Til tross for denne nære tilknytningen i formål, er det likevel ikke noe som formelt knytter regelsettene sammen. En slik direkte tilknytning fant en tidligere i de danske konkursreglene, se punkt 5.3.1. Imidlertid inneholder verken gjeldende norsk eller dansk rett noen slik henvisning. Omstøtelsesreglene må derfor vurderes separat fra straffereglene.

Dette er likevel ikke til hinder for at straffereglene trekkes inn som relevant moment i utilbørighetsvurderingen. En viss sammenheng mellom de to regelsett vil virke mest naturlig for allmennheten. Det ville for eksempel kunne være vanskelig å forstå at en kreditor som blir straffet for sine handlinger i forbindelse med en konkurs, ikke også må tilbakeføre de midler denne har mottatt ved den straffbare handlingen. I den tidligere nevnte Rt-2001-1136 (Kjells Markiser) fremhever annenvoterende (mindretall 4:1) at lovgiver ved den dagjeldende strl. § 284 har markert at forfordeling av kreditorer må unngås. Høyesterett trekker dermed inn strafferettsbestemmelsen som et skjerpende moment ved utilbørighetsvurderingen (side 1140-1150). Imidlertid er det ikke like naturlig å mene at omstøtelse nødvendigvis bør medføre straffansvar, da straff gjerne anses å være en mer vidtgående og byrdefull konsekvens enn omstøtelse, samt er forbundet med større allmenn fordømmelse og skam.

Det er naturlig at det som anses straffverdig også anses omstøtelsesverdig, og dermed faller innunder definisjonen ”utilbørlig”. Dette gjelder likevel først og fremst hvor det er kreditors deltakelse i disposisjonen som medfører straffansvar etter strl. §§ 281-287. Dette forhold vil normalt være et betydelig skjerpende moment i utilbørighetsvurderingen etter dekningsloven. Videre vil også skyldners eventuelle straffansvar ha innvirkning på utilbørighetsvurderingen. Det gjelder særlig hvor den begunstigede kjente eller burde kjent til det straffbare ved disposisjonen.

Straffereglene gir med dette en viss veiledning ved utformingen av utilbørighetskriteriet, selv hvor kreditor ikke har medvirket til det straffbare i handlingen. Når den økonomiske fordel er vunnet gjennom straffbare handlinger, skal det god grunn til for at disposisjon står seg etter de subjektive omstøtelsesreglene. Som det vises i punkt 2 og i samsvar med uttalelsen fra Getz, er det imidlertid klart at det ikke er noe i veien for at

den sivilrettslige reaksjonen kommer til anvendelse selv om vilkårene for straff ikke er oppfylt, da vi taler om to separate regelverk.⁶⁷

5.4 Skyldnerens økonomiske stilling

5.4.1 På disposisjonstidspunktet

5.4.1.1 Dekningsloven

Et vilkår for omstøtelse etter deknsl. § 5-9 er at ”skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen”. Overtredelse av regelen kan dermed skje *før* skyldners økonomiske stilling tilfredsstiller konkurslovens krav for konkursåpning, selv om omstøtelseskravet ikke kan fremsettes før begjæring om gjeldsforhandling eller konkursåpning. Konkurslovutvalget mente at en disposisjon sjelden ville være illojal i forhold til kreditorene dersom skyldner verken var insolvent på disposisjonstidspunktet eller ble det som følge av disposisjonen, jfr. NOU 1972: 20 side 297. Utvalget foreslo derfor ”var eller ble insolvent” som vilkår for omstøtelse etter § 5-9. Dette insolvenskravet stemmer overens med både datidens og de fremdeles gjeldende tilsvarende bestemmelser i dansk⁶⁸ og i svensk rett⁶⁹. Likevel ble forslaget endret av Departementet i Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) side 171, da dette fant det tilstrekkelig med vilkåret ”svak eller alvorlig svekket”, slik loven lyder i dag. Formålet var å enkle anvendelsen av bestemmelsen, samt å omfatte alle kreditorsvikelige disposisjoner som ikke er forsvarlige ut fra skyldners økonomi på disposisjonstidspunktet. Endringen fra Departementets side avskjærer enhver tvil om hvorvidt en begunstiget kreditor kan unnslippe omstøtelsesreglene ved å føre bevis for skyldnerens solvens.

Heller ikke vilkårene ”på de øvriges bekostning” og ”til skade for dem” kan sies å inneholde noe insolvensvilkår, da dette ville stride mot de økonomiske grensene som ”svak eller alvorlig svekket” oppstiller. Videre vil størrelsen på den økonomiske konsekvens for fordringshaverne ikke nødvendigvis være avgjørende for

⁶⁷ Se Rt-1878-629-655 (side 654).

⁶⁸ Jfr. dansk konkurslov § 74.

⁶⁹ Jfr. svensk konkurslov kapittel IV: 5§.

omstøteligheten. Dette er derimot relevante moment i den helhetlige utilbørighetsvurderingen. Imidlertid skal det mer til for at en disposisjon av meget liten økonomisk størrelse blir ansett som en utilbørlig disposisjon, enn om beløpet er stort og får større økonomiske konsekvenser for fordringshaverne.

Grensen for hva som skal til for at skyldners økonomi er ”svak” etter dekl. § 5-9, er ikke like klar som ved insolvens. Vilåret er klart oppfylt der hvor skyldner er insolvent eller er insuffisient, og det vil normalt være oppfylt hvor skyldner er illikvid. Hensikten er å ramme de tilfeller hvor skyldner har en så sterkt belastet økonomi at denne ikke er langt fra å bli insolvent. Den viktigste endringen er her at det ikke er nødvendig å føre eksakte bevis for skyldners insolvens.

Når det gjelder vilåret ”alvorlig svekket”, kreves det ikke at økonomien i utgangspunktet var svak. Den trenger nok heller ikke *bli* svak i den forstand som kreves i det første alternativet, slik at bestemmelsen også rammer skyldnere med noe sterkere økonomi. Likevel ligger det i vilkår at det må dreie seg om en svekkelse som er av betydning for kreditorene, hvilket i realiteten vil bringe skyldner i nærheten av å være insolvent. I Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) side 170-171 og NOU 1972: 20 side 279 begrunner lovgiver alternativet ”alvorlig svekket” med at hensikten var å ramme tilfeller hvor skyldner tilsynelatende hadde til hensikt å overføre sin formue for å unndra midler fra fordringshaverne. Sammenholdt med utilbørighetsvilkåret (se punkt 5.3) mente Departementet at man med alternativet ”svak eller alvorlig svekket”, ville ha tilstrekkelig grunnlag for å ramme de disposisjoner som etter lovens formål *bør* kunne omstøtes, jfr. Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) side 171.

5.4.1.2 Straffeloven

Reglene i strl. kapittel 27 er nærmere knyttet opp mot insolvensvilkåret enn hva dekl. § 5-9 er. Det viser seg blant annet ved at det i § 285 er et vilkår at skyldner er insolvent og at skyldneren er under konkurs eller det er åpnet gjeldsforhandling. Videre er det i § 283(1) litra a et krav om at det pågår tvangsfullbyrdelse eller midlertidig sikring rettet mot skyldneren. Imidlertid vil beviskravet i forhold til skyldnerens økonomiske stilling senkes noe i § 283(2) hvor det uttrykkelig hjemles at hvor insolvens ikke lar seg fastslå

på grunn av skyldnerens forsettelige eller grovt uaktsomme overtredelse av regnskapsbestemmelsene, fritar ikke dette for straff.

Videre er det et vilkår at fordringshaverne påføres et ”betydelig tap”, se § 281, eller at deres dekningsutsikt blir forringet i ”betydelig grad”, jfr. §§ 282, 283 og 284.

Ved vurderingen av hva som er et ”betydelig tap”, uttalte forarbeidene, Ot.prp. nr. 37 (2003-2004) kap. 21.1, at praksisen knyttet til begrepet forut for lovendringen i 2004 er av betydning. Her må det legges vekt på den forholdsmessige reduksjonen tapet innebærer for fordringshavernes dekningsmulighet, men det vil også ha betydning i seg selv hvor stort beløp det er tale om. Vilkåret er utformet slik at tapet må ramme ”fordringshaverne”, og det er dermed ikke noe krav om at de enkelte fordringshaverne påføres et betydelig tap hver for seg. Imidlertid fremgår det av forarbeidene at ”En annen sak er at [kravet til betydelig tap] nærmest vil være ensbetydende med et krav om fremtidig insolvens: Insolvensen må riktignok ikke nødvendigvis inntreffe i direkte tilknytning til disposisjonen, men vil vanligvis være en mer avledet konsekvens”, jfr. kapittel 16.

Hva som skal til for at fordringshavernes dekningsutsikt skal anses som ”betydelig forringet”, avgjøres ut fra en helhetsvurdering hvor det blant annet tas hensyn til beløpets størrelse og den prosentvise forringelsen. I juridisk teori er det antatt at den absolutte beløpsgrense er cirka 2-300 000 kroner eller at den prosentvise forringelse må være omtrent 10 %.⁷⁰ Vilkåret innebærer at skyldneren har anledning til å betale ut mindre krav uten å pådra seg noe strafferettslig ansvar. Dette er også påpekt av lovgiver som i Ot.prp. nr. 75 (1948) kapittel 2B VI side 44 og kapittel 3 side 61 følgende, fremhevet at regelen ikke er til hinder for at en kreditor mottar vederlag for en ny leveranse av varer.

I §§ 282 og 283(1) litra b ser vi derimot at vilkåret til skyldners økonomiske stilling er noe likere det dekningsloven oppstiller. Det vises her til at skyldneren ”er, blir eller står i påtakelig fare for å bli insolvent ved handlingen”. Dette kan sammenlignes med

⁷⁰ Se Hans Petter Jahre, ”Uttak og unndragelse”, *ØKOKRIM skriftserie nr. 2*, side 19, samt Grimstad, Erling med flere, ”Bostyrers- og borevisors rapport” side 36, *ØKOKRIM skriftserie nr. 6*. Beregningene er foretatt ut fra avgjørelser i rettspraksis hvor det særlig er lagt vekt på Rt-1907-119, Rt-1961-1190, Rt-1982-1277, Rt-1985-775 og Rt-1987-526. Beløpene stammer fra relativt gamle dommer, og det er rimelig å tro at disse må oppjusteres noe i takt med verdistigningen siden da.

dekningslovens krav om at den økonomiske stillingen ble svak eller alvorlig svekket ved disposisjonen. I begge regelsett ser vi at virkningen av den aktuelle disposisjonen kan få avgjørende betydning, selv om skyldners økonomiske stilling var å anse som god forut for disposisjonen, jfr. ”ved disposisjonen”/”ved handlingen”.

Paragraf 5-9 stiller lavere krav til den økonomiske konsekvens for fordringshaverne, hvilket medfører at strl. kapittel 27 avgrenser mot et større antall disposisjoner. Denne forskjellen vil i noen grad utjevnes ved utilbørighetsvilkåret. Likevel vil det økonomiske kravet medføre at terskelen for anvendelse av dekn. § 5-9 fortsatt er lavere enn for anvendelse av strl. kapittel 27.

5.4.2 Etterkant av disposisjonen

Det er videre et krav for omstøtelse at den økonomiske stillingen vedvarer eller blir dårligere etter disposisjonen. Dersom den økonomiske situasjonen skulle forbedre seg i etterkant av disposisjonen, vil omstøtelse være avskåret. Formålet med bestemmelsen vil ikke lenger være tilstede, da den økonomiske stillingen gjør at fordringshaverne har fått en annen dekningsmulighet.

I motsetning til hensynene bak dekningsloven, taler hensyn bak straffereglene for at reglene kommer til anvendelse selv om økonomien forbedres i tiden etter den kreditorsvikelige handlingen. Disse hensyn viser seg særlig ved at en faktisk forverring av dekningsutsikten ikke kreves i strl. §§ 283 og 285, jfr. ”er egnet til”. Dette kommer av at reglene har til formål å ramme den kreditorskadelige hensikt, til forskjell fra dekningsloven hvor reglene tilsikter en mest mulig jevn og rettferdig fordeling mellom kreditorene.

Videre er det en viktig forskjell at omstøtelse bare kan kreves av boet, mens tiltale etter straffeloven tas ut av påtalemyndigheten. De strafferettslige bestemmelsene kan dermed komme til anvendelse selv om skyldner ikke går konkurs eller er i forhandling om tvangsakkord, slik det kreves ved omstøtelse jfr. dekn. § 5-1. Her ser vi at straffverdigheten og omstøteligheten ikke går hånd i hånd, og at det ville være uriktig å

påstå at omstøteligheten opphører hvor straffbarheten opphører, i overensstemmelse med Getz' påstand fra 1878.⁷¹

5.5 Avgjørende tidspunkt

Tidspunktet for når den økonomiske stillingen må være ”svak eller alvorlig svekket”, vurderes i utgangspunktet ut fra det tidspunkt disposisjonen foretas.

Disposisjonstidspunktet regnes for det tidspunktet notoritet er etablert, jfr. § 5-10. Med notoritet menes at disposisjonen blir ettersiselig og mottaker har oppnådd rettsvern for formuesgodet. Hvorvidt rettsvern over en gjenstand er ervervet eller ikke, beror på om det med rimelig grad av sikkerhet kan konstanteres at en verdi er overført, og når dette har skjedd. Tidspunktet for når tilstrekkelig rettsvern er oppnådd, vil variere etter hvilken disposisjon som foretas. For løsøreobjekter og ihendehavergjeldsbrev oppnås rettsvern ved overlevering, jfr. lov om godtroerverv av løsøre 2. juni 1978 nr. 37 § 1 og lov om gjeldsbrev 1939 17. februar nr. 1 § 13, og også notifikasjon til tredjemann kan være aktuelt. Ved fast eiendom oppnås rettsvern ved tinglysning i grunnboken, jfr. lov om tinglysning 1935 7. juni nr.1 § 23.⁷²

Når det gjelder gaveløfter og avtaler hvor fullbyrdelsestidspunktet ligger fram i tid, oppstår det noe ulike situasjoner. Dersom verdioverføringen skjer gjennom gjensidig bebyrdende avtale, oppstår notoritet idet avtalen signeres. Partene har en gjensidig forpliktelse og det er den økonomiske stilling på avtaletidspunktet som legges til grunn for vurderingen av hvorvidt det økonomiske vilkåret i dekl. § 5-9 er oppfylt.

Også strl. kapittel 27 legger til grunn at gjensidig bindende avtaler kan gjøres gjeldende overfor skyldner eller boet. Det eventuelle tapet er en realitet det øyeblikk avtalen inngås. Dermed vil i hovedsak avtaletidspunktet være avgjørende også etter straffelovens bestemmelser, da det er på dette tidspunkt den straffbare handling skjer.

Ved gaveløfte kan derimot løftegiver som utgangspunkt trekke tilbake løftet ved å påberope seg bristende forutsetninger, dersom denne finner å ikke ha råd til å yte gaven. Bristende forutsetninger foreligger hvor eksempelvis den økonomiske situasjon utvikler

⁷¹ Se Rt-1878-629-655 (side 654).

⁷² Jfr. Thor Falkanger, *Tingsrett*, 5. utg. 5. opplag 2005, § 46.34.

seg på en måte som løftegiver ikke kunne forutse på løftetidspunktet. Løftegivers grunnlag for løftet er ikke lenger til stede, og oppfyllelse kan være umulig uten at dette samtidig går utover løftegivers kreditorer. Konkurs kan være slik bristende forutsetning. Videre følger det uttrykkelig av dekl. § 7-13 at retten etter gaveløftet faller bort dersom giveren åpner gjeldsforhandling eller konkurs før løftet er fullbyrdet. Ved gaveløfter vil det derfor ikke være skyldners økonomiske stilling på givertidspunktet som blir avgjørende for om omstøtelse skal skje, men økonomien på fullbyrdelestidspunktet.

”Handling” i straffeloven rammer også gaveløfter. Et gaveløfte vil innebære et potensielt tap allerede på løftetidspunktet. Ettersom § 283 ikke oppstiller krav om faktisk tap, men også rammer handlinger som har et tapspotensial, jfr. ”er egnet til”, vil gaveløfter innholdsmessig falle innunder denne bestemmelsen (og også § 285).

Hvorvidt skyldneren kan påberope seg bristende forutsetninger, stiller seg noe annerledes ved spørsmålet om straff. Dette kommer av at vilkåret om tilstrekkelig skyld hos skyldneren knytter seg til løftetidspunktet. Dersom skyldneren har utvist tilstrekkelig skyld, kan det vanskelig tenkes at denne i ettertid kan påberope seg bristende forutsetninger som grunnlag for å heve avtalen eller trekke gaveløftet tilbake. Skyldneren har i kraft av sin kreditorsvikelige hensikt hatt tilstrekkelig kunnskap om de forhold som i andre tilfeller kunne ført til at avtalen eller gaveløftet kunne sees bort ifra. Forutsetningen for løftet har dermed ikke bristet. Straffeloven kan dermed gjøres gjeldende overfor slike avtaler og gaveløfter som faller innunder rettslige disposisjoner som kan straffes etter strl. §§ 283 og 285. Dersom gaveløftet er gitt under omstendigheter som tilsier at dette muligens kan trekkes tilbake, forutsettes det at de subjektive forhold ikke var tilstede. Dette vil igjen føre til at handlingen heller ikke kan straffes.

At boet som tredjepart har rettsvernsinnsigelser mot disposisjonen eller kan kreve denne omstøtt, er heller ikke av betydning for vurderingen av om strl. § 283 kommer til anvendelse.

5.6 Det subjektive vilkåret

Det subjektive vilkåret i deknl. § 5-9 viser seg i dag gjennom kravet om at den annen part "kjente eller burde kjent til" skyldnerens økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Vilkåret "burde kjent til" viser at det er tilstrekkelig at den annen part har utvist simpel uaktsomt. Ved omstøtelse er det i utgangspunktet den annen part som rammes, idet det er denne som må tilbakeføre de mottatte midler. Det er derfor rimelig at det er nettopp denne som må ha utvist uaktsomhet, ikke skyldneren selv. Videre stilles det ingen krav til skyldnerens subjektive forhold, men det er imidlertid kun i de aller færreste tilfeller at en kreditor har bedre oversikt over skyldnerens økonomi enn denne selv har. Sett i forhold til øvrige nordiske land, stemmer skyldkravet i § 5-9 overens med tilsvarende bestemmelse i dansk og svensk rett, henholdsvis kkl § 74 og kkl IV: 5§.

Uaktsomheten i deknl. § 5-9 knytter seg til to omstendigheter. For det første til skyldners vanskelige økonomiske situasjon. For det andre til de faktiske omstendigheter som gjorde disposisjonen utilbørlig. Kravet til aktsomhet vil variere noe etter hvilket forhold vedkommende har til skyldner, og etter hvilken informasjon det er naturlig at denne har om de økonomiske forhold. Dersom det er snakk om mangeårige samarbeidspartnere, stilles det skjerpede krav til aktsomheten.⁷³ Det vil i slike tilfeller være en høyere terskel for hva kreditor burde kjent til, enn hvor kreditor ikke tidligere har vært i kontakt med skyldner. Hvor skyldner den siste tiden har hatt betalingsproblemer, bør varselampene lyse hos kreditor dersom denne plutselig tilbys oppgjør av hele fordringen eller ved unormalt betalingsmiddel.

Straffeloven oppstiller som et generelt vilkår for straff at skyldneren har utvist forsett ved utførelsen av den straffbare handlingen. Dette følger av lovens § 40, hvor det også framgår at uaktsomme handlinger kan straffes dersom dette er uttrykkelig bestemt i forhold til den aktuelle bestemmelsen. Hovedreglen er altså at det må utvises forsett for å kunne straffes etter straffelovens bestemmelser.

⁷³ Jfr. Rt-1986-889 (side 891) "Eastco" og RG-1991-1038.

Forsett er en skyldgrad som foreligger når den som handler er bevisst på handlingens konsekvens.⁷⁴ Gjerningspersonen kan ha tilsiktet følgen av handlingen eller ha ansett følgen som mest sannsynlig. I følge dekningsprinsippet som er gjeldende i strafferetten, må skyldkravet dekke hele det objektive gjerningsinnholdet, i likhet med hva som kreves i dekl. § 5-9. Den nedre grensen for forsett er dolus eventualis, den positive innvilgelsesteori. Den går ut på at skyldneren er inneforstått med hvilke konsekvenser handlingen kan medføre, men likevel foretar handlingen i håp om at konsekvensene ikke vil inntre.

Skillet mellom forsettelige og uaktsomme handlinger ligger på grensen mellom den positive innvilgelse og grov uaktsomhet. Jeg kommer imidlertid ikke til å gå nærmere inn på hvor grensene mellom skyldkravene forsett og uaktsomhet går, da det i bestemmelsene i strl. kapittel 27 uttrykkelig hjemles at også uaktsomme handlinger rammes.

Den skyldner som handler uaktsomt har ikke opptrådt slik som en omtenkst og forstandig person ville gjort. I strl. kapittel 27 er det ikke et vilkår for straff at skyldneren har opptrådt grovt uaktsomt, og dette skillet viser seg først ved straffutmålingen da den grovt uaktsomme handling straffes strengere enn den simple uaktsomhet.

I tråd med teori innen konkursretten kan det argumenteres for at ond tro hos den som handler på vegne av den annen part, kan sidestilles med ond tro hos denne selv.⁷⁵ Noe annet ville føre til at en enkelt kunne unngå omstøtelsesreglene ved å la en fullmektig handle for seg. Det samme følger av straffeloven, hvor det i § 287(1) uttrykkelig gis straffansvar til den som handler på vegne av skyldneren.

På hvilket tidspunkt den simple uaktsomheten må foreligge, framkommer ikke klart av loven. Utgangspunktet må trolig være det samme skjæringstidspunkt som ved de objektive vilkårene, altså ved fullbyrdelsestidspunktet. Dette kommer av at det er helt ulogisk å si at handlingen er foretatt med forsett dersom dette forsettet oppstod først etter at handlingen ble begått. Videre vil forsett forut for handlingen, i form av planlegging og

⁷⁴ Se Giske side 97.

⁷⁵ Se Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagter og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai nr. 4 1918 (avtl.), §§ 10 og 11, Andenæs side 292, HuserI side 559 og Brækhus side 138.

liknende, være et straffeskjerpene moment, men ikke avgjørende for anvendelse av de strafferettslige bestemmelsene som omhandles i denne fremstillingen.

Eksempler på handlinger som kan være vanskelig å omstøte er de handlinger § 281 omhandler, hvor skyldneren eksempelvis unnlater å tegne forsikring eller å holde en eiendom ved like. Verken forsikringsselskaper eller håndverkere kan sies å være part i unnlatelsen. Videre vil også kravet til skyld hos disse medføre begrensninger i anvendelsesområdet til dekl. § 5-9. Nødvendig skyld hos den annen part vil normalt ikke foreligge ved pengespill over internett og ved aksjespekulasjon på børs, og omstøtelse blir upraktisk også i slike tilfeller. Her ser vi at handlingene isolert sett faller under dekl. § 5-9, men at omstøteligheten likevel begrenses av de øvrige vilkår i paragrafen.

5.7 Foreldelsesfristen

5.7.1 Innledning

Foreldelsesreglene angir frist for å gjøre krav gjeldende. Dersom boet ikke gjør omstøtelseskrevet gjeldende innen fristen, faller kravet bort. Det samme gjelder dersom påtalemyndigheten ikke tar ut tiltale innen foreldelsesfristen i straffeloven, og skyldneren kan ikke straffes i slike tilfeller. Også her finner vi ulikheter mellom de to regelsett, knyttet til fristens lengde.

5.7.2 Dekningsloven

Disposisjoner som kan kreves omstøtt etter dekl. § 5-9, foreldes etter ti år, jfr. § 5-9 annet ledd. Fristen løper fra disposisjonen er fullbyrdet, det vil si fra den får rettsvern, jfr. dekl. § 5-10, og avbrytes på fristdagen.⁷⁶ Fristdagen vil normalt bety den dagen konkurs åpnes, eller den dagen begjæring om konkursåpning eller gjeldsforhandling kommer inn for retten, forutsatt at konkurs åpnes på bakgrunn av begjæringen, jfr. dekl. §§ 1-2 og 1-3.

⁷⁶ Se NOU 1970: 20 side 298.

Videre må boet kreve omstøtelse innen ett år fra fristdagen, for at kravet ikke skal foreldes. Denne fristen løper likevel tidligst seks måneder fra boet fikk eller burde fått kjennskap til det omstøtelsesverdige ved disposisjonen. Denne utvidelsen av fristen begrenses oppad til ti år fra fristdagen, jfr. dekl. § 5-15. Dette fører til at boet samlet sett kan ha en frist på opptil 20 år før kravet foreldes.

Dette innebærer en utvidelse av foreldelsesfristen i forhold til lov om foreldelse, 18. mai 1979 nr. 18, §§ 3 og 10, som hjemler en foreldelsesfrist på opptil 13 år. Utvidelsen kommer av elementet av skyld som foreligger ved subjektiv omstøtelse.

Foreldelsesfristen for subjektiv omstøtelse varierer i de skandinaviske landene. Svensk rett har i utgangspunktet en femårsfrist, foruten hvor den begunstigede er nærstående av skyldneren.⁷⁷ Omstøtelse kan da skje ubegrenset av tidsfrister. I dansk rett finner vi ingen omstøtelsesfrister, da det ikke anses å eksistere gode grunner for å nekte omstøtelse på subjektivt grunnlag dersom de øvrige vilkårene foreligger, herunder ond tro hos den begunstigede.⁷⁸ Norsk rett er dermed strengere enn dansk rett i foreldesspørsmålet. Lovgivningen i Sverige er derimot strengere enn den norske, foruten de forhold hvor det er en nærstående som er den begunstigede.

5.7.3 Straffeloven

Foreldelsesfristen for handlinger etter gjeldskapitlet finner vi blant de generelle reglene i straffelovens første del. Av strl. § 67 fremgår at et straffbart forhold foreldes etter fem år ved handlinger med en strafferamme på inntil fire år. Denne fristen utvides til ti år ved handlinger med strafferamme på inntil ti år. Dette innebærer at kun ved grove overtredelser av gjeldskapitlet vil foreldelsesfristen bli like lang som ved dekl. § 5-9. For øvrige handlinger er foreldelsesfristen vesentlig kortere etter straffeloven enn etter dekl. § 5-9.

Fristen for foreldelse begynner å løpe fra den dag det straffbare forholdet opphører, jfr. strl. § 68. Hvor skyldner tilbakeholder/unndrar formuesgoder fra å tjene til dekning, begynner fristen dermed ikke å løpe så lenge unndragelsen/tilbakeholdelsen

⁷⁷ Se svensk kkl. IV: 5(3)§.

⁷⁸ Se dansk kkl. kapittel8.

oppretholdes. Fristberegningen har særlig betydning for handlinger som strekker seg over lengre tid, og hvor kun en eller noen av dem er foretatt innenfor foreldelsesfristen. Den siste handlingen i en rekke av straffverdige handlinger, kan gjøre at også dem foretatt forut for fristens lengde likevel kan straffes som en konsekvens av at disse vurderes under ett (se punkt 5.1.5).

Straffeloven oppstiller i § 68a en unntaksbestemmelse for reglene om forbrytelser i gjeldsforhold. For handlinger som faller innunder §§ 281-287, løper ikke fristen når skyldner er under konkurs- eller gjeldsforhandling etter loven. Fristen kan da forlenges med inntil fem år. Dette kan sammenliknes med dekningsloven, hvor foreldelsesfristen avbrytes på fristdagen og det fra det tidspunktet løper en ny frist på ett år. Boet får dermed tid på seg til å finne ut om det er foretatt omstøtelses- eller straffverdige handlinger, og til å gå til rettslige skritt i forhold til disse.

5.7.4 Sammenlikning

Vi ser at selv om foreldelsesfristen etter straffeloven forlenges med inntil fem år, vil denne likevel ikke bli lengre enn fristen er etter dekningsloven (foruten ved de helt grove overtredelsene). I forhold til foreldelsesfristen rammer dermed dekningsloven et større antall kreditorsvikelige handlinger. Det gjør at det heller ikke her er naturlig å si at omstøtelsen opphører hvor straffbarheten opphører.⁷⁹

5.8 Konsekvensen av at vilkårene er oppfylt

5.8.1 Omstøtelseskravet

Omstøtelseskravet ved subjektiv omstøtelse etter deknl. § 5-9, følger av § 5-12. Det er særlig første ledd første punktum, som hjemler verdioppgjøret, som er av interesse i denne framstillingen. Etter denne bestemmelsen kan boet kreve medkontrahenten for det tap den omstøtelige disposisjonen har medført. Omstøtelseskravet er formet som et erstatningskrav på bakgrunn av at medkontrahenten har vært i ond tro, og det dermed ikke er gode grunner for at boets krav begrenses til kun å gjelde eventuell berikelse. Ved

⁷⁹ Se Rt-1878-629-255 (side 654).

beregningen av boets krav tas det utgangspunkt i midlene som ble overført til medkontrahenten, med fratrekk for eventuelle vederlag. Videre er det verdien av eiendelen på omstøtelsestidspunktet som legges til grunn. Dersom verdien har steget, skal dette ikke tilgodeses en medkontrahent som opptrådte i ond tro. Dette i seg selv vil ha relativt liten preventiv effekt, men erstatningskravet strekker seg lenger enn som så. Samlet sett vil omstøtelse i medhold av § 5-9 kunne innebære et merkbart tap for medkontrahenten. Boet kan også kreve erstattet eventuelle tap det måtte bli pådratt, eksempelvis om gjenstanden ble skadet mens den var i medkontrahentens varetekt. Videre kan ikke medkontrahenten kreve fradrag for sine utgifter, og det tas heller ikke hensyn til om eiendelen har gått tapt, er forbrukt eller gitt bort. Altså kan boet kreve hele tapet dekket, selv om overdragelsen ikke har ført til noen berikelse for medkontrahenten, og selv om eiendelen ikke lenger er i behold.

Selve oppgjøret foretas etter dekl. § 5-12 første ledd, annet punktum. Hovedregelen er at medkontrahenten skal levere tilbake det mottatte. Det samme gjelder ikke for boet, som kan holde seg til verdien av det overførte istedenfor den konkrete eiendelen. Det betyr at den begunstigede får et dividendekrav på skyldner, på lik linje med øvrige kreditorer uten sikkerhet for sine krav. Dersom skyldner går konkurs, følger det av konkursrettens prioritetsregler at kreditorer med høyest prioritet får dekning først, jfr. dekl. kapittel 8. Dividendekrav er dem med lavest prioritet. Medkontrahenten risikerer å oppnå verken hel eller delvis dekning for sin fordring og risikerer dermed ytterligere tap, jfr. dekl. § 6-1.

Til tross for de konsekvenser en omstøtelse kan medføre for den annen part, innebærer de subjektive omstøtelsesreglene ingen økonomisk konsekvens for skyldner selv. Ved å hjemle et straffansvar i tillegg til mulighet for omstøtelse, forsterkes den preventive virkning ikke bare overfor medkontrahenten. Det er ikke lenger ubetydelig for skyldner om disposisjonene er kreditorsvikelige, da handlingen kan få konsekvens også for denne.

5.8.2 Straff

Overtredelse av gjeldskapitlet i straffeloven kan straffes med bøter eller fengsel i inntil 2, 3 og 6 år. Straffens lengde varierer blant annet ut fra hvilket straffebud som kommer til anvendelse, hvilket skyldkrav skyldneren oppfyller, hvor store beløp det er snakk om og

hvilken konsekvens handlingen har hatt for kreditorfellesskapet for øvrig. De momentene som kommer innunder denne vurderingen vil være de samme som tas med i utilbørighetsvurderingen i dekl. § 5-9.

Gjennom de ulike strafferammene har lovgiver vist hvilke handlinger denne anser mest klanderverdige. Videre gir strafferammen uttrykk for synet om at kreditorfellesskapets behov for beskyttelse øker i samsvar med skyldnerens økonomiske problemer.

6 Særskilte vilkår for straffeloven

6.1 Grunnvilkår for straff

Straffeloven er bygget opp på en annen måte enn de formuerettslige reglene. Loven bygger på fem grunnvilkår som alle må være oppfylt for at skyldneren skal kunne rammes av straffereglene. Det må foreligge subjektiv skyld (se punkt 5.6), de objektive kriteriene i den enkelte bestemmelsen må være oppfylt (se punkt 5.2), den skyldige må være strafferettslig tilregnelig, det må være en påregnelig årsakssammenheng mellom handling og utfall av handlingen, og det må ikke foreligge straffrihetsgrunner. Det siste alternativet er ikke særlig aktuelt i denne sammenheng, da det er tale om nødrett og nødverge. Jeg kommer derfor ikke til å gå nærmere inn på dette vilkåret i denne fremstillingen.

Skyldkravet finner vi igjen i dekl. § 5-9. Den begunstiges uaktsomhet er knyttet til skyldners økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Dette kan sammenliknes med straffelovens skyldkrav i forhold til skyldneren (se punkt 5.6).

Tilregnelighetsvilkåret inneholder krav til skyldnerens alder og sinnstilstand. Dette finnes ikke på samme måte i sivilretten. Det er naturlig at også handlinger som begunstiger noen under 18 år, rammes av de subjektive omstøtelsesreglene, da noe annet ville åpne for enkel omgåelse av reglene. Det er foreldrene som i hovedsak har ansvaret

for barnets økonomi.⁸⁰ Dersom det overføres midler som gave til barnet, vil det stilles samme krav til aktsomhet hos foreldrene/vergene, som det ville blitt til den begunstigede selv dersom denne var myndig.

Kravet til påregnelig årsakssammenheng innebærer at det må være en faktisk sammenheng mellom den handling som er foretatt og oppfyllelsen av den objektive gjerningsbeskrivelse i straffebudet. Videre må skyldneren med rimelighet kunne regne med at handlingen ville føret til dette resultat. Også dekl. § 5-9 gir uttrykk for dette vilkår ved at den annen parts skyld knytter seg til både “skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig”.

6.2 Personkretsen for gjeldskapitlet

Etter dekl. § 5-9 er det den annen part som rammes. Det er denne som må gi fra seg den omtvistede gjenstand eller beløp dersom disposisjonen finnes å kunne omstøtes. I straffeloven er det derimot skyldneren som betegnes som rettssubjektet. Både §§ 281, 282, 283 og 285 retter seg prinsipalt mot skyldneren selv. For at en skal betegnes som ”skyldner” må vedkommende ha påtatt seg en gjeldsforpliktelse, hvilket også kreves i omstøtelsestilfellene. Med begrepet skyldner vises det både til den enkelte person og til juridiske personer, slik at straffansvar kan oppstå også i forhold til for eksempel enkeltmannsforetak. Det vil ved enkeltmannsforetak være eieren som er den ansvarlige. Det samme gjelder i forhold til omstøtelsesreglene.

Men det er ikke bare skyldneren som kan straffes etter straffeloven kapittel 27. I § 287 åpnes det for at også den som handler ”til fordel for eller på vegne av” skyldneren kan straffes. Det vil si personer som selvstendig foretar handlinger som nevnt i første ledd. Eksempelvis ved fullmakt eller styre som handler på vegne av et aksjeselskap.

Videre ilegger § 287(2) straffansvar for dem som *medvirker* til handlinger foretatt av skyldneren eller noen som handler på vegne av, eller til fordel for skyldneren. Disse, samt den som handler ”til fordel for eller på vegne av skyldneren”, kan straffes ”på tilsvarende måte” som skyldneren selv. Straffeloven utvider dermed kretsen av rettssubjekt, og har i personkrets et mye større potensielt nedslagsfelt enn dekningsloven.

⁸⁰ Lov om vergemål for umyndige, 22. april 1927 nr. 3, kapittel 4.

Videre inneholder § 287(2) et unntak for fordringshavere som mottar eller krever oppgjør eller sikkerhet for sin fordring. En fordringshaver vil ikke straffes med mindre denne har brukt ”utilbørlige trusler eller andre utilbørlige midler” for å oppnå sikkerhet eller oppfyllelse. Det medfører at fordringshaverne strafferettslig ikke hindres i å inndrive dekning for sin gjeld, selv om skyldneren er i en vanskelig økonomisk situasjon og disposisjonen etter sitt innhold kan falle innunder formuerettens omstøtelsesregler. Enhver må i rimelig utstrekning ha anledning til å verne om sine interesser, uten å risikere straffansvar.⁸¹ Det at de øvrige fordringshaverne lider et tap ved denne disposisjonen, og den som inndriver sitt krav er klar over dette, er heller ikke tilstrekkelig for at straffereglene kommer til anvendelse på fordringshaveren som oppnår dekning. Selv om omstøtelsesreglene kommer til anvendelse, vil ikke fordringshaveren kunne straffes, med mindre ”utilbørlige trusler eller andre utilbørlige midler” er benyttet. Sammenliknet med det straffansvar skyldner kan pådra seg, er fordringshaverens straffansvar betydelig innsnevret ved vilkåret om bruk av utilbørlige midler.

I tilfeller hvor strl. § 287(2) kommer til anvendelse, vil også utilbørlighetsvilkåret i dekl. § 5-9 være oppfylt. Det vil i slike tilfeller stilles små krav til de øvrige momenter i utilbørlighetsvilkåret, ettersom fordringshaveren har utvist straffverdig og meget klanderverdig oppførsel. Som nevnt er fordringshaverens straffbare opptreden et tungtveiende moment for at utilbørlighetsvilkåret er oppfylt (se punkt 5.3).

6.3 Reaksjonen - forbudet mot dobbeltstraff

Når omstøtelsesreglene og straffereglene angir reaksjoner for samme handling, er det naturlig å vurdere om det kan være tale om brudd på det menneskerettslige vernet mot dobbeltstraff, se Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 4. november 1950, tilleggsprotokoll nr.7, § 4, inkorporert i norsk rett ved Menneskerettighetsloven (mrl.) 21. mai 1999 nr. 30. Den subjektive omstøtelsesregel retter seg mot ”den annen part” i disposisjonen. Når skyldner har gitt bort eller solgt aktiva til underpris eller ved gavesalg, vil det være den begunstigede som rammes av omstøtelsen. Der hvor en fordringshaver har fått dekning fortrinnsvis for de øvrige fordringshaverne, vil en

⁸¹ Jfr. Rt-1926-657 ”Beyer Olsen”. Se også punkt 5.3.2.

omstøtelse ramme ham alene. Skyldner vil ikke merke noen økonomisk konsekvens av omstøtelsen.

Etter straffelovens regler er det derimot skyldneren selv som rammes, eller noen som handler på vegne av eller til fordel for skyldner. Av strl. § 287 følger det uttrykkelig at straffansvar ikke gjøres gjeldende overfor begunstigede fordringshavere, med mindre disse har benyttet trusler eller andre urimelige midler for å oppnå fordelene. Videre må det bemerkes at følgene av at den subjektive omstøtelsesregelen kommer til anvendelse, ikke er å anse som straff. Omstøtelseskravet er snarere å anse som en gjenopprettelse av det opprinnelige forhold, og som et erstatningsansvar. Det er i hovedsak heller ikke samme person som rammes av reglene, slik at reglene normalt ikke vil få negativ virkning overfor samme part.

Det vil dermed ikke være snakk om dobbeltstraff hvor en disposisjon omstøtes etter den subjektive omstøtelsesregelen og den som foretok disposisjonen straffes etter strl. kapittel 27.

7 Konklusjon

Som vist er det svært mange likhetstrekk mellom dekn. § 5-9 og gjeldskapittelet i straffeloven. Oppsummeringsvis kan en si at de fleste handlinger strl. kapittel 27 rammer, faller innunder ”disposisjoner” i dekn. § 5-9. Regelsettene har likevel ikke helt sammenfallende objektivt nedslagsfelt.

Brudd på så vel omstøtelsesreglene som straffereglene oppfattes som en krenkelse av kreditorfellesskapet, og reglene har relativt like formål og begrunnelser. Skyldnerens subjektive forhold har likevel noe ulik betydning. Etter strl. §§ 281-286 er skyld hos skyldner av avgjørende betydning, mens dette ved dekn. § 5-9 kun er et moment ved utilbørlighetsvurderingen, ettersom skyldkravet der retter seg mot ”den annen part”. De argumentene som utledes gjennom anvendelsen av omstøtelsesreglene er likevel fullt ut anvendelige ved tolkningen av straffebestemmelsene, som reelle hensyn. Tolkningen av

bestemmelsene om forbrytelser i gjeldsforhold vil blant annet avhenge av hva som er akseptabel oppførsel etter dekningsloven i forhold til handlinger foretatt forut for en nært forestående konkurs. Det kan da være aktuelt å se hen til omstøtelsesreglene for argumenter og støtte. Og motsatt er straffbarheten ved en handling et sentralt moment i utilbørighetsvurderingen ved den subjektive omstøtelsesregel. Det er derfor naturlig å la de straffbare handlingene gi en viss pekepinn på hvilke handlinger som etter deknl. § 5-9 er omstøtelsesverdige.

Til tross for de mange likhetstrekk ved de to regelsett, er det klart at den subjektive omstøtelsesregelen i deknl. § 5-9 favner videre enn strl. kapittel 27. Regelsettene har altså ikke samme anvendelsesområde, noe som viser seg både ved de disposisjoner som isolert sett rammes, hvem som må ha utvist skyld, graden av skyld som forutsettes og i forhold til foreldelsesfristens lengde.

De formuerettslige reglene angir ikke ytterpunktene for hva som kan straffereguleres. Dette viser seg gjennom vilkåret om faktisk tap for omstøtelse, sammenholdt med vilkåret om tapspotensial i straffeloven, jfr. ”er egnet til” i strl. §§ 283 og 285. Straffelovens bestemmelser kan med dette komme til anvendelse på disposisjoner hvor de økonomiske forhold gjør at omstøtelse er uaktuelt.

Jeg må dermed si meg enig i Getz sin uttalelse i Rt-1878-629-655 (side 654) om at det er unaturlig å la omstøteligheten opphøre hvor straffbarheten opphører. Imidlertid vil jeg også føye til at heller ikke straffbarheten nødvendigvis opphører idet omstøteligheten opphører.

8 Kilder

8.1 Domsregister

8.1.1 Norsk Retstidende (Rt.)

Rt-1878-629-655 ”Omstødelse af svigagtige Retshaldler efter norsk Ret”

Rt-1881-209-315

Rt-1883-7

Rt-1887-575

Rt-1907-119

Rt-1926-657 ”Beyer Olsen”

Rt-1933-1265 ”Ringen”

Rt-1961-1190

Rt-1966-636

Rt-1969-624 ”Hamar Auto”

Rt-1982-1232

Rt-1982-1277

Rt-1982-1793

Rt-1985-775

Rt-1986-889 ”Eastco”

Rt-1987-526

Rt-1988-1327 ”Reksten”

Rt-1989-7 ”Romsdal Fiskevegnfabrikk”

Rt-1992-42

Rt-1993-234 ”Intercar”

Rt-1993-918

Rt-1995-259 ”Palonen”

Rt-1999-64 ”Teamcon”

Rt-2001-1136 ”Kjells Markiser”

Rt-2008-1170 ”Rema 1000”

8.1.2 Rettens Gang (RG)

RG-1991-1038

8.1.3 Upubliserte dommer

Agder Lagmannsrett LA-2006-120575

Borgarting Lagmannsrett LB-1996-2821

Borgarting Lagmannsrett LB-2001-2403

Frostating Lagmannsrett LF-1994-613

Hålogaland Lagmannsrett LH-2006-97777

Oslo Tingrett 07-165750MED-OTIR/05

8.2 Forarbeider

8.2.1 Norges offentlige utredninger

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 1999: 23 Forbrytelser i gjeldsforhold

8.2.2 Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 37 (2003-2004) Om lov om endring i straffeloven

Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) Om a) lov om gjeldsforhandling og konkurs, b) lov om fordringshavernes dekningsrett og c) lom om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m.

8.3 Lovregister

8.3.1 Norske lover

1687	Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske lov, NL) 15. april 1687. § 5-13-44
1863	Lov om Concurs og Concursboers Behandling § 44
1902	Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven, strl.) 22. mai 1902 nr. 10. § 4 § 41

	§ 68
	§ 68a
	§ 281
	§ 282
	§ 283
	§ 284
	§ 285
	§ 286
	§ 287
1918	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven, avtl.) 31. mai 1918 nr. 4.
	§ 10
	§ 11
	§ 33
	§ 36
1927	Lov om vergemål for umyndige (vergemålsloven, vgml) 22. april 1927 nr. 3.
	Kapittel 4
1935	Lov om tinglysning (tinglysningsloven, tingl.) 7. juni nr. 1.
	§ 23
1939	Lov om gjeldsbrev (gjeldsbrevloven, gbl.) 17. februar nr. 1.
	§ 13
1979	Lov om foreldelse (foreldelsesloven, fl.), 18. mai nr.18.
	§ 3
	§ 10
1984	Lov om gjeldsforhandlinger og konkurs (konkursloven, kkl.) av 8. juni 1984. nr. 58
	§ 61
	§ 62
1984	Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven, deknsl.) av 8. juni 1984 nr. 59.
	§ 2-1
	§ 2-4
	§ 5-1

	§ 5-6
	§ 5-9
	§ 5-10
	§ 5-12
	§ 5-15
	§ 7-13
1992	Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsl.) 26. juni 1992 nr. 86. § 7-20
1992	Lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner, av 17. juli 1992 nr. 99.
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven, mrl.) 21. mai 1999 nr. 30. § 2 § 3
2004	Lov om endring i straffeloven 25. juni 2004 nr. 50.

8.3.2 Utenlandsk rett

8.3.2.1 Svensk rett

1915	Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, 11.juni 1915 nr. 218. § 36
1987	Konkurslagen, 11.juni 1987 (1987: 672). IV: 5 §

8.3.2.2 Dansk rett

1996	Lovbekentgørelse nr. 781, 26. august 1996 om aftaler og andre retshandler på formuesrettens område (Aftaleloven). § 36
1997	Lovbekentgørelse nr. 118, 4. februar 1997 som ændret ved lov nr. 402 26. juni 1998 (Konkursloven). § 74

8.3.3 Internasjonal rett

1999 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) 21.mai 1999 nr.30.
Tilleggsprotokoll 7 artikkel 4.

8.4 Litteraturliste

- Andenæs, Johs., *Formuesforbrytelsene*, 6. utgave (Oslo 1996).
- Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 2. utgave (Bergen 1999).
- Andreassen, Ole-Martin, *Forbrytelser mot kreditorene* (Oslo 2000).
- Brækhus, Sjur, *Konkursrett, utvalgte emner* (Oslo 1970).
- Eckhoff, Torstein (1916 – 1993), Jan Helgesen, *Rettskildelære* 5. utgave (Oslo 2001).
- Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 2. utgave (Oslo 2006).
- Falkanger, Thor, *Tingsrett*, 5. utgave, 5. opplag (Oslo 2005).
- Fleischer, Carl August, *Rettskilder* (1995).
- Hagerup, Francis, *Konkurs og akkordforhandling*, 4. utg. (1932).
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. opplag (Oslo 2003).
- Hov, Jo, *Rettergang I, Sivil og straffeprosess* (Bergen 1999).
- Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs, bind 2 Omstøtelse* (Bergen 1992).
- HuserI, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 Omstøtelse* (Bergen 1992).
- Knoph, Ragnar, *Rettslige standarder, Særlig Grunnlovens § 97* (1939).
- Lennander, Gertrud, *Återvinning i konkurs* (1985).
- Munch, Mogens, *Konkursloven med kommentarer*, ved Lars Lindenchrone Petersen og Anders Ørgaard, 9. utgave, 1. opplag. (2001).
- Nordstedts förlag, *Kommentarutgave til konkurslagen* (Stockholm 1989).
- Nygård, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 2. opplag (2005).
- Sandvik, Tore, *Lærebok i materiell konkursrett* (1985).

8.5 Artikler og rapporter

- Berg, Borgar Høgetveit, "Omstøyting utom konkurs", *Tidsskrift for Forretningsjus* 1999 side 400.
- BrækhusI, Sjur, "Den alminnelige (subjektive) omstøtelsesregel", *Jussens Venner* 1955 serie I nr. 4 side 76-117 (side 80) (BrækhusII).
- Brønnøysundregisteret, Årsmelding 2007, side 31.
- Falkanger, Thor, "Utlørlighetsbegrepet i dekningslovens § 5-9", *Jussens Venner* 1998 side 105.
- Grimstad, Erling, Lilleng, Sverre, mfl., "Bostyrers- og borevisors rapport", *ØKOKRIM skriftserie nr. 6*, side 36.
- Jahre, Hans Petter, "Uttak og unndragelse", *ØKOKRIM skriftserie nr.2*, side 19.
- Høgetveit, Einar, "Fra ØKOKRIM: ØKOKRIMs strategi mot økonomisk kriminalitet", *Tidsskrift for strafferett* 2005 side 431.
- Konkursrådets hjemmeside, artikkelen "Behandling av straffbare forhold begått i forbindelse med konkurs", (28.2.2007).
- Konkursrådet, rapport hentet fra internettsiden www.konkursradet.no/art/?id=507.
- Langli, John Christian, "Konkurskriminalitet i Norge", Forskningsrapport 46 fra forskningsprogrammet om økonomisk kriminalitet, side 1. (Oslo 2001).
- Ringen, Gunnar Holm og Thorsen, Bård, "Fra ØKOKRIM", *Tidsskrift for strafferett* 2006 nr. 3, side 216-234.
- *Statistikk fra politiets databaser*, "STRASAK JUS 065".
- *Statistikk fra politiets databaser*, "STRASAK JUS 373".
- *Statistisk sentralbyrå* (SSB), "Forbrytelser i gjeldsforhold" tabellene 28 og 150.